UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE LA PREUVE ÉCRITE

EN MATIÈRE COMMERCIALE

ET SPÉCIALEMENT

DE LA PREUVE PAR ACTE SOUS SEING PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 16 Juillet 1898,
à 3 heures, dans la salle des actes publics de la Faculté

PAR

Maurice LINŸER

AVOCAT

POITIERS
SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE
TYPOGRAPHIE OUDIN ET Cie
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1898

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0019

DE LA PREUVE ÉCRITE

EN MATIÈRE COMMERCIALE

ET SPÉCIALEMENT

DE LA PREUVE PAR ACTE SOUS SEING PRIVÉ

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. LE COURTOIS (✻, I ⚙), Doyen, Professeur de Droit civil.
DUCROCQ (O. ✻, I ⚙), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.
THÉZARD (I ⚙), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ⚙), Professeur de Droit civil.
NORMAND (I ⚙), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.
PARENTEAU-DUBEUGNON (I ⚙), Professeur de Procédure civile.
ARTHUYS (I ⚙), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.
BONNET (I ⚙), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Pandectes (Doctorat).
PETIT (I ⚙), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Science et Législation financières.
BARRILLEAU (I ⚙), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.
N... Professeur d'Economie politique.
SURVILLE (I ⚙), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.
PRÉVOT-LEYGONIE (A. ⚙), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé du Cours de Droit international public (2e année).
MICHON, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).
CHÉNEAUX, Agrégé, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.
GIRAULT (A. ⚙), Agrégé, chargé du Cours d'Economie politique et du Cours de Législation et Economie coloniales.
ROCHE (I ⚙), Secrétaire.
COULON (I ⚙), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. ARTHUYS.
Suffragants : MM. BONNET. PREVOT-LEYGONIE

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE LA PREUVE ÉCRITE

EN MATIÈRE COMMERCIALE

ET SPÉCIALEMENT

DE LA PREUVE PAR ACTE SOUS SEING PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 16 Juillet 1898,
à 3 heures, dans la salle des actes publics de la Faculté

PAR

Maurice LINŸER

AVOCAT

POITIERS
SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE
TYPOGRAPHIE OUDIN ET Cie
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

—

1898

DE LA PREUVE ÉCRITE

EN MATIÈRE COMMERCIALE

ET SPÉCIALEMENT

DE LA PREUVE PAR ACTE SOUS SEING PRIVÉ

INTRODUCTION

Il est un principe qui domine l'instruction de toute affaire, soit civile, soit criminelle, soit commerciale : c'est que le juge ne doit pas baser sa décision sur une conviction (1) acquise en dehors de l'instruction de cette affaire.

Il ne doit jamais s'en rapporter à la connaissance personnelle qu'il aurait des faits sur lesquels il est appelé à se prononcer, et ne doit juger que d'après les impressions que les preuves juridiques ont fait naître en son esprit.

(1) Montpellier, 23 novembre 1853, D. P. 53, 2, 232; Bastia, 7 février 1855, D. P. 55, 2, 188.

Ces preuves juridiques sont d'ailleurs nombreuses; le Code civil en admet cinq modes différents : la preuve littérale, la preuve testimoniale, la présomption, l'aveu de la partie et le serment.

Cette même règle s'applique en matière commerciale : là aussi, le juge doit dépouiller à la porte du prétoire les préjugés du citoyen (1). « Il n'est pas plus « permis au juge de commerce qu'au juge civil d'en- « trer, pour chercher la vérité, dans une voie que la loi « interdit. La loi commerciale est plus large que la loi « civile dans l'admission des preuves et des moyens « de preuve; mais le juge ne doit jamais être plus « large que la loi. Dans quelque ordre d'idées qu'on « se place, la découverte de la vérité présente tou- « jours un intérêt égal ; et si l'appréciation des preuves « est toujours une question d'équité et de conscience « pour les juges commerciaux comme pour les juges « civils, l'admission des moyens de preuve est, pour « les uns comme pour les autres, une question de « légalité... Si telle était la doctrine à une époque où « les limites du droit commercial n'étaient pas déter- « minées comme aujourd'hui, à plus forte raison ne « peut-on pas élever de nos jours les doutes qu'on « élevait autrefois sur le devoir des juges de com- « merce de se renfermer dans les moyens de preuve « admis par la loi (2). » Mais la loi en matière com-

(1) Poitiers, 16 décembre 1889, Dalloz, *Preuve*, 38.

(2) Massé, 1re édition, tome VI, page 7, *Droit commercial*.

merciale est plus large qu'en matière civile, vient de dire M. Massé, et l'article 109 du Code de commerce le démontre, en énumérant les preuves qu'elle admet pour éclairer la religion des juges des tribunaux commerciaux. En effet :

L'acte public,

L'acte sous signature privée,

Le bordereau, ou arrêté d'un agent de change ou d'un courtier, dûment signé par les parties,

La facture acceptée,

La correspondance,

Les livres des parties,

La preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre (1),

Sont successivement offerts aux contractants pour démontrer la véracité de leurs affirmations, et aux juges pour la contrôler.

Cette étude sur la preuve écrite en matière commerciale, et spécialement sur la preuve par acte sous seing privé, doit, avant d'entrer dans le vif du sujet, c'est-à-dire dans l'examen de l'acte sous seing privé commercialement parlant, donner quelque place aux autres actes écrits qu'admet le Code de commerce. En

(1) MM. Bravard et Demangeat, tome II, page 451, et Massé, 2e édition, tome IV, n° 2370, se demandent s'il faut ajouter les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, et ils répondent affirmativement.

d'autres termes, elle commentera l'article 109 du Code de commerce, sauf ce qui a trait à la preuve testimoniale (1).

(1) Sans professer pourtant pour ce genre de preuve le mépris de Loysel qui disait : « Qui mieux abreuve, mieux preuve. »

PREMIÈRE PARTIE

DE LA PREUVE ÉCRITE EN MATIÈRE COMMERCIALE

ACTES PUBLICS

L'acte public est, d'une façon générale, celui auquel concourent les fonctionnaires ou officiers publics ayant compétence et juridiction, c'est-à-dire ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les formalités requises par la loi. L'acte public est donc l'arrêt des cours, le jugement des tribunaux, l'acte administratif ou notarié, le jugement des consuls, l'acte de l'état civil, l'exploit d'huissier, etc...

Mais, en mettant l'acte public en opposition avec l'acte sous seing privé, l'article 109 indique qu'il vise surtout l'acte notarié.

« Le notaire est réputé narrateur fidèle à l'égard de tous et contre tous, » dit Mourlon (1). Aussi l'acte qu'il reçoit est entouré d'un grand respect. Il fait foi

(1) Mourlon, *Code civil*, tome II, n° 1518.

entre les parties, contre leurs héritiers et ayants cause, et vis-à-vis des tiers, de la convention qu'il renferme, et ne cédera que devant une inscription de faux. Il ne peut être combattu par nulle autre preuve, et le juge est obligé de s'incliner devant son autorité. Enfin, il est susceptible d'avoir l'exécution parée, c'est-à-dire d'être exécutoire par lui-même et sans avoir besoin pour cela qu'un jugement intervienne.

Cependant, en matière commerciale, il est rare que les parties s'adressent à un notaire. Leur intérêt et la célérité que les contractants doivent apporter à la conclusion des affaires, s'y opposent le plus souvent ; mais dans certains cas cette formalité peut être utile : par exemple, si l'une des parties ne sait pas écrire, ou si une banque ne veut pas ouvrir un crédit sans hypothèque, l'acte notarié étant nécessaire dans ce cas ; enfin lorsqu'il s'agit de société.

L'acte authentique type est donc celui qui est passé par-devant notaire ; mais en matière de commerce ce sont les courtiers et agents de change qui en joueront le rôle le plus souvent.

Cependant l'assimilation n'est pas complète; il faut observer que les actes émanés de ces officiers ne seront pas, à proprement parler, authentiques. Le courtier, ou l'agent de change, n'est plus le narrateur fidèle dont parle Mourlon à propos du notaire. Sa signature certifie seulement l'identité des signatures des contractants, et prévient toute obligation de les vérifier.

Aussi, l'acte public passé devant lui n'aura-t-il pas tous les effets de l'acte notarié ; il ne sera pas susceptible d'exécution parée... il ne pourra pas constater une hypothèque consentie...

Aux notaires, aux courtiers, aux agents de change, désignés pour recevoir les actes publics en France, s'ajoutent, à l'étranger, les chanceliers des consulats de France et les officiers publics des lieux. Les Français, sur le sol des autres nations, ont le choix, et peuvent s'adresser aux uns ou aux autres.

MM. Delamarre et le Poitvin, et M. Massé dans une première édition, ont sur ce point une opinion différente (1). Ces auteurs prétendent, en s'appuyant sur l'autorité de Valin et sur l'article 31 de l'ordonnance du 24 mai 1728 (2), que dans les lieux où réside un

(1) Delamarre et le Poitvin, tome I, n° 202. *Contrat de commission.* Massé, 1re édit., tome VI, n° 26.

(2) L'ordonnance de la marine de 1681, livre I, titre 11, article 25, portait : « Les polices d'assurance, les obligations à grosse aventure, ou à retour de voyage, et tous autres contrats maritimes, pourront être passés en la chancellerie du consulat en présence de deux témoins qui signeront ; » et dans l'article 23 : « Tous actes expédiés dans les pays étrangers, où il y aura des consuls, ne feront aucune foi en France, s'ils ne sont par eux légalisés. »

Valin observe (article 31 de l'ordonnance du 24 mai 1728) : « Non seulement les contrats maritimes, mais encore tous autres contrats pourront être reçus entre les Français par le chancelier du consulat. Et non seulement encore le chancelier a le pouvoir de les recevoir, mais même il est défendu aux Français de passer aucuns actes absolument, par-devant les notaires publics des lieux, à peine de nullité desdits actes. »

consul français, les contractants voulant donner un caractère authentique aux actes civils commerciaux ou de droit maritime qu'ils font, *doivent* s'adresser au chancelier du consulat, et non aux officiers du lieu, le chancelier étant le véritable notaire des nationaux. Cette opinion est critiquée par MM. Bravard et Demangeat, qui observent que cette ordonnance ne s'appliquait qu'au consulat de Cadix et non aux consulats en général (1).

Dans la seconde édition de son ouvrage de droit commercial, M. Massé remplace le mot *doivent* par le mot *peuvent,* et admet, comme MM. Bravard et Demangeat, que nos nationaux ont le choix, en pays étranger, entre les officiers des lieux qu'ils traversent et les chanceliers de nos consulats.

A ce propos, M. Pardessus (2) observe que ces chanceliers exercent, pour la rédaction des conventions que leurs nationaux veulent passer en forme authentique, les fonctions de notaire dans toute leur étendue. Ces

(1) En voici le texte, art. 31 : « Tous Français, négociants, passagers, capitaines, maîtres, patrons et matelots de navires et bâtiments français, qui se trouveront dans les ports, rades ou villes dépendant du consulat de Cadix, ne pourront se pourvoir pour raison des différends et contestations et procès, qui surviendront entre eux, par-devant aucun autre juge que le consul... Ne pourront pareillement lesdits Français passer entre eux aucuns actes par-devant les notaires publics desdits lieux, mais seulement par-devant le chancelier du consulat, à peine de nullité desdits actes. »

(2) Pardessus, *Cours de droit commercial*, tome IV, page 146.

actes auront donc la même force en France que s'ils y avaient été rédigés par un notaire.

L'article 2128 du Code civil dit bien que « les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France » ; mais cela veut dire que les contrats passés dans les pays étrangers, par-devant des officiers étrangers, ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France au profit d'un étranger. D'ailleurs l'article 2128 ajoute : « S'il n'y a des dispositions contraires à ces principes dans les lois politiques et dans les traités (1). »

D'ailleurs, puisque très souvent, dans les traités (2), les chancelleries et habitations consulaires sont déclarées inviolables, ne pourrait-on pas leur accorder,

(1) De ce qu'un contrat public passé en Suisse par un notaire suisse, entre un Suisse et un Français, peut conférer hypothèque en France sur les biens du Français au profit du Suisse, il ne s'ensuit pas qu'il puisse en être de même si le contrat a été passé au profit d'un Milanais : aucun traité conclu entre la France et les souverains du duché de Milan n'étend à ce pays ou à ses habitants le privilège accordé à la Suisse et aux sujets suisses. (Sirey, *Codes annotés.*)

C'est une conséquence de l'ancien droit : les actes exécutoires emportaient tous hypothèque de plein droit ; or, les actes faits en pays étrangers ne sont pas exécutoires, donc ils ne peuvent pas entraîner hypothèque. C'est regrettable, car certains actes, quoique passés à l'étranger, comme le mariage, sont reconnus valables en France et ne peuvent donner lieu à hypothèque en France, ce qui n'est pas logique. (Comp. Mourlon, *Hypothèques.*)

(2) Voir presque tous les traités passés par les Etats-Unis avec d'autres Etats et les conventions passées par la France avec l'Italie et nombreux autres pays.

fictivement, une sorte d'exterritorialité, et admettre que les actes passés dans les chancelleries de nos consulats sont passés en terre française ?

BORDEREAUX (1)

Le mot *bordereau* a plusieurs significations : c'est l'état ou relevé des valeurs qui composent une somme totale, des créances qu'un individu peut répéter contre une faillite, des diverses espèces de monnaies contenues dans un paiement.

On trouve un bordereau au sujet des hypothèques : c'est la feuille de renseignements qu'on doit remettre au conservateur en demandant à prendre ou à renouveler une inscription (2) ; on en trouve un autre dans l'ordre entre créanciers : c'est un extrait du

(1) Voir Boitel, Delamare et le Poitvin, tome I, Massé, 2e édition, n° 2439 et suivants.

(2) Le créancier qui demande à prendre ou à renouveler une inscription doit présenter au conservateur des hypothèques avec l'original en brevet, ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque, un bordereau en double exemplaire contenant : les nom, prénoms, domicile, profession du créancier, et son domicile élu dans l'arrondissement du bureau ; les nom, prénoms, domicile, profession ou désignation spéciale du débiteur ; les date et nature du titre qui constitue l'hypothèque ; la somme garantie et l'époque de son exigibilité ; enfin l'indication des biens sur lesquels l'hypothèque ou le privilège doivent être conservés.

règlement définitif en ce qui concerne la collocation de chaque créancier (1).

En matière de commerce, le bordereau d'une négociation est un état sommaire contenant, avec l'indication des marchandises ou des valeurs mises en jeu dans cette négociation, le prix stipulé, les noms des parties et celui de l'intermédiaire.

En effet, souvent les parties ne se mettent pas elles-mêmes en rapport. Un agent de change ou un courtier leur sert de trait d'union. Ces officiers doivent, au moment même où ils font une opération, l'écrire sur leur carnet afin d'en bien préciser la portée, et d'éviter ainsi, pour leurs clients, toute méprise sur le sens de leur engagement. Ils doivent ensuite, et cela dans l'intervalle de deux bourses, mentionner sur leurs registres cette négociation, et remettre aux parties une note la contenant.

Cette note est le bordereau.

Il a été observé plus haut que les actes émanés des courtiers ou agents de change n'étaient pas, à vrai dire, des actes authentiques. C'est ici le moment d'examiner cette question à propos du bordereau.

(1) L'ordre est la procédure qui a pour objet la distribution du prix d'un immeuble entre les créanciers d'après le rang de leurs privilèges et hypothèques. Le bordereau, dans ce cas, n'est autre chose qu'un extrait, une *découpure*, comme le définissent MM. Grosse et Rameau (tome II, n° 465), du règlement définitif en ce qui concerne la collocation de chaque créancier. (Dalloz, *Ordre entre créanciers*, n^os^ 1 et 1175.)

Le bordereau n'est pas un acte authentique.

La question est controversée. Cependant on est d'accord sur un point, c'est que les bordereaux émanant des courtiers en marchandises ne sont pas des actes publics. En effet, depuis la loi du 18 juillet 1866, n'importe qui peut s'intituler courtier en marchandises. D'ailleurs, quand bien même un agent de change, officier public, rédigerait un bordereau, la même objection pourrait être faite, car ces officiers publics n'ont pas été créés pour authentiquer les conventions des parties, mais pour les recevoir en servant d'intermédiaires, et pour affirmer, devant les tribunaux, l'authenticité de leurs signatures (1).

L'article 109 du Code de commerce exige aussi la signature des parties ; or, l'acte authentique ne connaît pas cette exigence : souvent on y a recours parce que les parties ne savent pas signer.

Enfin ce même article 109 place le bordereau plutôt parmi les actes sous seing privé que parmi les actes publics.

Il est vrai que ce n'est pas sa place exacte, car s'il n'est pas un acte authentique, il faut bien lui reconnaître plus de force qu'à un acte sous seing privé ordi-

(1) « Les courtiers d'assurances, au contraire, rédigent les contrats « ou polices d'assurances concurremment avec les notaires ; ils en at- « testent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes « pour tous les voyages de mer ou de rivière. » (Code de commerce, article 79.)

naire. La déclaration des agents de change et courtiers a autorité devant la justice (art. 7 de la loi du 28 ventôse an IX), leur signature certifie le fait du contrat contenu au bordereau : la conséquence en est la certitude de la date, et l'inutilité du *bon et approuvé*, et de la formalité du double exemplaire. Mais on ne peut aller plus loin et leur accorder pleine foi jusqu'à inscription de faux, la loi de ventôse an IX et celle de prairial an X ne le leur attribuant pas.

Certains auteurs (1) n'ont pas eu cette timidité, et reconnaissent au bordereau ce caractère des actes authentiques. Aux objections exposées plus haut, ils répondent que le classement par l'article 109 du bordereau parmi les actes sous seing privé ne signifie rien, et que la nécessité des signatures des parties n'existait pas primitivement. Il est certain que cette formalité fut ajoutée sur la demande des tribunaux de commerce, qui craignaient de laisser, sans cela, les contractants à la merci de leurs intermédiaires ; mais cela prouve que la signature de l'officier, agent de change ou courtier,ne peut suppléer à l'absence de celles des parties, comme la signature du notaire dans l'acte authentique, et cela montre aussi que l'espèce d'authenticité dont jouit le bordereau vient surtout de la signature des parties, dont l'agent de change ou courtier, par la sienne, vérifie et constate seulement la vérité.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, tome III, n° 60.

Il faut donc admettre avec la majorité des auteurs que le bordereau n'est pas un acte authentique, par suite qu'il ne peut contenir ni donation, ni constitution d'hypothèque, et qu'il n'est pas susceptible d'être revêtu d'exécution parée.

Les bordereaux font pleine preuve lorsqu'ils sont munis de la signature des parties, contre le vendeur et contre l'acheteur ; lorsqu'ils ne portent que celle de l'agent de change ou courtier, ils ne font foi qu'entre lui et le client qui a donné l'ordre de faire l'opération. C'est ce qui se produit dans la négociation d'effets publics par le ministère des agents de change. Ces sortes d'affaires étant secrètes de leur nature ne pourraient être constatées dans un bordereau signé des parties, à moins que l'agent de change n'ait été dispensé du secret. Journellement des ventes et des marchés sont conclus sans bordereau signé des parties : les tribunaux ont recours pour la preuve aux autres modes indiqués par l'article 109, et aux carnets et registres d'agents de change ou courtiers, qu'ils peuvent admettre pour prouver en l'absence de bordereau.

FACTURES

La facture est un état, un bref inventaire, que dresse un commerçant en vendant des marchandises. Elle est divisée en plusieurs colonnes et indique l'énumération

des marchandises vendues, leur quantité, leur poids ou mesure, leur qualité et leur prix.

La vente et ses conditions sont mentionnées en tête de la facture.

La facture a pour but de constater l'obligation du vendeur de livrer la chose, et celle de l'acheteur de la payer.

Mais pour que ces obligations existent, il faut que la facture ait été acceptée, car, aux termes de l'article 109, la *facture acceptée* prouve l'existence de la vente. L'acheteur et le vendeur ne seront donc liés que par l'acceptation de la facture.

On peut accepter expressément ou tacitement.

Le cas d'une vente étant pris comme exemple, pour obtenir une acceptation expresse, le vendeur doit envoyer à l'acheteur une facture rédigée en double. L'acheteur signe l'un des exemplaires et le renvoie au vendeur, et garde l'autre par devers lui. La facture signée fera foi de son acceptation vis-à-vis du vendeur, et celle qu'il a conservée prouvera l'obligation de livrer contre ce dernier.

L'acceptation tacite est plus simple : elle résultera du fait par l'acheteur d'avoir gardé la facture sans réclamer de suite. La facture acceptée expressément est d'une preuve beaucoup plus facile : aussi certains auteurs exigent-ils que la facture soit toujours rédigée en double. MM. Delamarre et le Poitvin sont de ceux-là; mais il semble que cette exigence soit au fond

plutôt *ad probationem* que *ad solemnitatem*. « Si je « vous vends à crédit les savons livrables dans quinze « jours, disent ces auteurs, chacun de nous doit avoir « un double de la facture : vous pour prouver la vente « si j'ai l'improbité de la dénier; moi pour vous for- « cer à prendre livraison au moyen de l'acceptation « que vous aurez signée au pied de mon duplicata. « Entre présents l'échange des titres peut se faire de « la main à la main ; si nous traitons par correspon- « dance, vous me renvoyez, revêtu de votre accepta- « tion, l'un des doubles que renfermait ma lettre (1). »

M. Massé (2) n'est pas de cet avis ; et, quoique admettant la formalité des doubles pour les actes sous seing privé en matière commerciale, à l'encontre de MM. Delamarre et le Poitvin, il refuse d'exiger cette formalité pour la facture.

MM. Bravard et Demangeat (3) adoptent la même solution, et c'est aussi l'opinion de MM. Boitel et Alauzet.

Une autre controverse s'élève dans la matière des factures à l'occasion de la date. MM. Delamarre et le Poitvin demandent qu'elles soient en général enregistrées sur les livres des parties ou tout au moins sur ceux de l'acheteur (4) : « Si dans l'intérêt du com-

(1) Delamarre et le Poitvin, tome I, n° 229.
(2) Massé, 3e édition, tome IV, n° 2446.
(3) Bravard et Demangeat, tome II, page 458, *Droit commercial*.
(4) Delamarre et le Poitvin, tome I, n° 233.

« merce, les factures émanées des commerçants doivent « faire preuve de ce qu'elles contiennent, sans que « leur enregistrement soit nécessaire pour leur donner « une date certaine, c'est parce que la loi a prescrit à « ces mêmes commerçants d'avoir un livre journal qui « présente, jour par jour, toutes les opérations de leur « commerce; ils sont ainsi légalement constitués enre- « gistreurs de leurs propres actes (1). »

A cela, M. Massé répond que la facture n'étant pas nécessaire pour prouver une convention et sa date, vis-à-vis des tiers, puisque la loi commerciale admet tout moyen de preuve, son enregistrement sur les livres est à plus forte raison non indispensable (2).

La question de transmission de la facture remet aux prises les mêmes auteurs.

Le vendeur est lié par l'obligation de livrer la chose, constatée par la facture. De ce chef, l'acheteur a une créance contre lui, et cette créance peut être cédée.

(1) Un arrêt de la Cour de Paris, de 1828, invoqué pour défendre cette opinion, n'a pas la portée que lui donnent les partisans de l'enregistrement sur les livres des parties. Il ne fait de cette formalité qu'un moyen de preuve, et s'il juge que la vente dans le cas qu'on lui soumettait n'était pas opposable aux tiers, c'est que les factures avaient été simulées et données pour la sécurité du prêteur.

(2) Massé, 3e édition, tome IV, n° 2448.

Alauzet, à ce propos (tome II, p. 550) et pour la facture en double, dit que ce serait faire entrer les preuves les unes dans les autres : les factures deviendraient des actes sous seing privé, ou se confondraient avec les livres des parties.

Elle le sera dans la forme civile si elle est à personne dénommée, par endossement si elle est à ordre, par la tradition si elle est au porteur.

Ce transfert de la créance effectuera celui de la propriété des marchandises, si elles sont désignées de façon à devenir des corps certains, par exemple par des numéros ou marques.

Il faut cependant faire une observation : « la transmission de la facture de corps certains transmet la *propriété*, mais elle ne donne pas, seule, la *possession* des marchandises (1). »

« La possession légitime de la facture ne doit jamais « être considérée comme équivalant, à tous égards, « à la possession réelle de la marchandise : ainsi, « l'acheteur qui possède légitimement la facture pourra « très bien être privé de la propriété de la marchandise par application des articles 1141 et 2279 du « Code Napoléon. Même celui qui achète sur facture et « connaissement, ou sur facture et lettre de voiture, « une marchandise en cours de voyage (Code de commerce, article 576) n'est point à l'abri de l'application de la règle : en fait de meubles, possession vaut « titre (2). »

MM. Delamarre et le Poitvin n'enseignent pas la même doctrine : « La succession rapide des affaires

(1) Boitel, *Droit commercial*, p. 298 (note) et p. 322.
(2) Bravard et Demangeat, tome II, p. 459.

« commerciales, l'absence relative des parties, la « nature et l'éloignement des objets de la négociation « n'en permettent pas toujours la tradition corporelle, « ni même une tradition par montrée, *in rei præsen-* « *tia* (1). »

« Si je vous vends à Paris du vin que j'ai à Libourne, je ne puis vous le remettre de la main à la main. Il vous faut pourtant une double certitude: pour vous celle d'avoir ce vin à la date indiquée ; pour moi, celle d'être payé au moment fixé. C'est là qu'apparaît l'utilité de la livraison fictive par facture, qui permet à l'acheteur d'être propriétaire des marchandises avec autant de sécurité que s'il les faisait transporter dans ses magasins, et au vendeur d'appliquer à ses besoins des capitaux dont la rentrée eût été suspendue (2). »

Il y a bien une sorte de tradition symbolique des marchandises dans le transfert de la facture ; mais cette tradition symbolique n'est pas la tradition réelle et ne peut avoir, surtout à l'égard des tiers, les effets de la tradition réelle : aussi, postérieurement à la vente constatée par une facture remise à l'acheteur, si un vendeur de mauvaise foi vendait la même chose à un tiers et le mettait en possession, la facture, malgré sa date certaine antérieure, ne pourrait être opposée

(1) Delamarre et le Poitvin, tome I, n° 232.
(2) Id. ibid.

utilement à ce tiers, fondé à se prévaloir de l'article 1141 du Code civil.

Bien entendu, il ne s'agit, dans cette discussion, que de la facture émanée d'un commerçant.

CORRESPONDANCE

Beaucoup d'opérations commerciales se concluent par échange de lettres. De même que les parties peuvent contracter verbalement dans tous les cas où un écrit n'est pas nécessairement exigé, de même elles peuvent le faire par correspondance. Ce moyen a d'ailleurs cette supériorité sur le mode verbal qu'il laisse des traces derrière lui : aussi, le voit-on même intervenir entre présents.

La correspondance commerciale dont parle l'article 109 est l'ensemble des lettres qu'occasionne une opération, c'est-à-dire les lettres reçues et conservées en liasse, et la copie des lettres expédiées.

Mais il n'est pas nécessaire, évidemment, que la lettre ait été copiée pour prouver ce qu'elle contient. D'ailleurs si la lettre et la copie ne sont pas identiques, l'original l'emporte sur la copie. Outre que cette décision est très naturelle, elle serait légitimée, si besoin était, par ce fait que le destinataire n'a vu que la lettre et a basé sur elle ses opérations.

Avec les perfectionnements modernes, il est très

rare, il faut bien le dire, que cette disparité puisse se produire, et cela est d'autant plus heureux que la copie est appelée à remplacer l'original comme moyen de preuve. En effet, si celui qui a reçu la lettre refuse de la produire, son auteur peut lui opposer la copie prise par lui-même, la lettre copiée étant présumée avoir été expédiée, et cela malgré toute dénégation. Souvent la dénégation ne sera pas possible : il suffira de faire recommander la lettre ; elle ne pourra être remise au destinataire que contre un reçu signé de lui.

La copie et la lettre prouvent donc par elles-mêmes si elles ont trait à l'obligation en litige. Ce n'est, d'ailleurs, qu'une extension des dispositions du Code civil qui l'admettent dans bien des cas ; si en matière commerciale la lettre a une importance plus grande, c'est que les cas où elle est admise comme preuve sont plus nombreux.

Lorsqu'une lettre ne fournit que des présomptions, elle est laissée à l'appréciation du juge.

Il ne peut être question ici de la formalité du double exemplaire ; la lettre n'est pas un acte sous seing privé. Elle ne doit pas nécessairement être écrite de la main du signataire : il suffit que sa signature ne soit pas contestée, ou ait été vérifiée. Enfin, la lettre a date certaine par elle-même, et, ne l'eût-elle pas, le cachet de la poste suffirait pour y suppléer.

A propos de la lettre, les auteurs ont souligné trois observations : comment accepte-t-on la proposition

faite par lettre ? A quel moment remonte cette acceptation ? Peut-on se servir en justice de l'aveu de l'adversaire contenu dans une lettre adressée à un tiers ?

Au premier point de vue il faut répondre en distinguant l'acceptation expresse et l'acceptation tacite.

Il est inutile de parler de l'acceptation expresse, son nom dit ce qu'elle est ; mais quand y aura-t-il acceptation tacite ?

S'il a été fixé une date pour accepter ou refuser, et que cette date soit passée, il n'y a pas de difficulté. Si sans répondre à la lettre qui demande de faire quelque chose, le destinataire a accompli l'acte demandé, le doute ne peut exister. Il est certain, dit M. Toullier (1), qu'en matière de contrats, des faits positifs ont la même force que des stipulations.

Mais en dehors de ces cas, que doit-on conclure du silence du correspondant ? MM. Delamarre et le Poitvin distinguent : la lettre contenait-elle un ordre ? Ce sera l'acceptation. Contenait-elle une offre ? Ce sera le refus.

Reprenant le cas d'acceptation expresse, il faut se demander à quel moment remontera cette acceptation.

Ce sera au moment où celui qui a fait l'offre aura pris connaissance de la lettre d'acceptation de son offre (2).

(1) Toullier, tome VIII, n° 33.
(2) Système de l'information.

Ce sera au moment où il y aura eu concours des deux volontés, même à l'insu des contractants (1) ; donc au moment où, ayant reçu l'offre, l'acceptant l'agrée mentalement et écrit sa lettre (2), ou au moment où, ayant reçu l'offre, l'acceptant qui l'agrée a écrit sa lettre, et s'en est dessaisi (3), ou au moment où l'acceptation arrive aux mains de l'offrant (4).

Il faut admettre que ce sera au moment où les deux volontés concourent, car un contrat se forme à ce moment, et ne peut se former qu'à ce moment. Il faut donc dire que Primus ayant offert, par lettre, 10000 à Secundus, et Secundus ayant reçu cette lettre et agréé, dans son esprit, cette offre, a réalisé le contrat à ce moment.

Mais si cette opinion est parfaite en théorie, pratiquement elle demande une atténuation, car quelle preuve peut laisser ce consentement que nul fait matériel ne vient constater ?

Ce fait matériel servant de preuve à l'acceptation, c'est la mise à la poste de la lettre qui contient l'assentiment de l'acceptant : ce sera donc à ce moment, de la mise à la poste de la lettre, que remontera l'acceptation. A ceux qui peuvent objecter que cette théorie n'est pas exacte, car le moment de l'acceptation est anté-

(1) Système de la déclaration.
(2) Système de la déclaration proprement dite.
(3) Système de l'expédition.
(4) Système de la réception.

rieur à celui de l'expédition de la lettre, il faut répondre que l'acceptant peut accepter et refuser bien des fois avant d'expédier sa lettre, et que ces refus et acceptations n'auront aucun effet faute de pouvoir être prouvés: c'est le seul de ces actes de volonté qui peut être prouvé qui sera tenu pour exister. D'ailleurs, il peut se faire que l'acceptant, hésitant jusqu'à la fin, ait écrit deux lettres, une de refus, une d'acceptation, et ne donne son assentiment qu'au moment même où il jette à la poste la lettre d'acceptation : le contrat commencera donc d'exister au moment de la mise à la poste (1).

Il reste encore à examiner le point de savoir si l'on peut se servir, en justice, pour prouver ce qu'on avance, d'une lettre de la partie adressée à un tiers, et contenant son aveu.

Là encore les avis sont partagés.

La Cour impériale de Rome le nia en 1810 ; la Cour de cassation proclama l'inviolabilité des lettres en 1811 et 1821 (2).

Les rotes de Rome et de Gènes distinguent suivant les circonstances, mais admettent souvent la preuve

(1) En ce sens : MM. Boitel, Aubry et Rau, Surville et Arthuys, A. Girault.

Comp. *Droit international privé*, par MM. Surville et Arthuys (*Contrats entre absents*), et *Traité des contrats par correspondance*, par M. A. Girault.

(2) Sirey, tomes XIII et XXXIII.

par lettre adressée à un tiers. M. Toullier dit aussi : « Si le tiers qui avait reçu la lettre l'avait remise au « créancier, et que celui-ci eût déclaré l'accepter et « vouloir profiter de l'aveu, il nous paraît, par argu- « ment de l'article 1221, que le souscripteur ne pour- « rait plus révoquer son aveu qu'en prouvant qu'il a « été la suite d'une erreur (1). »

MM. Massé, Alauzet, Aubry et Rau, permettent de se servir de cette lettre à condition qu'elle n'ait pas un caractère confidentiel. Dans le cas où elle a ce caractère, et dans celui où son auteur a réclamé le secret du destinataire, ils refusent à ce dernier le droit de s'en dessaisir ou de la communiquer, et par suite, à la partie, celui de s'en servir (2). En tous cas, il est bien entendu que, quand elle est admise en justice, la lettre adressée à un tiers doit avoir été livrée, par ce dernier, de son plein gré, et non arrachée par quelque procédé indélicat, ou volée. MM. Delamarre et le Poitvin demandaient même, en plus, que le destinataire l'ait remise pour qu'elle soit produite en justice, et cela, expressément, sous peine de violation de dépôt.

Enfin, certains auteurs laissent la solution de la question à l'appréciation des juges (3).

Il faut se ranger à l'opinion de la jurisprudence, et admettre que l'on peut se servir, pour prouver, d'une

(1) Toullier, tome X, n° 307.
(2) Delamarre et le Poitvin, tome I, p. 425.
(3) Bravard et Demangeat, p. 508, tome II, 2e édition.

lettre émanant de la partie adverse et contenant son aveu, bien qu'elle ait été adressée à un tiers, si toutefois elle a été procurée sans fraude.

Ainsi, par exemple, Primus a vu des marchandises chez un commerçant, Secundus. Secundus les lui a offertes et Primus a hésité à accepter. Quelque temps après, Primus écrit qu'il veut bien acheter les marchandises qu'il a vues, si on veut les lui envoyer. Secundus répond qu'il regrette, mais vient de les vendre à Tertius. Tertius pourra invoquer cette lettre pour prouver la vente que Secundus lui a consentie de ces marchandises, s'il s'est procuré la lettre de Secundus à Primus sans fraude.

Une dernière observation reste à faire : la transcription d'une lettre sur le livre de correspondance lui enlève son caractère confidentiel, car tout ce qui concerne les différends peut en être extrait, et porté devant la justice.

LIVRES DES PARTIES

Les commerçants sont forcés d'avoir trois registres : le livre journal, le livre des inventaires, et le livre copie de lettres.

Sur le premier ils doivent inscrire, jour par jour,

toutes les opérations qu'ils font, les dépenses, les recettes, etc. Une fois par mois, ils doivent ajouter en gros les dépenses de la maison.

Au livre des inventaires sont portés les inventaires annuels comprenant le passif et l'actif, et l'état des marchandises en magasin.

Le livre copie de lettres est le registre spécial où sont copiées toutes les lettres expédiées par les commerçants.

Ces livres sont cotés, paraphés, visés, et doivent être conservés dix ans.

Ils peuvent servir de preuves des opérations qu'ils contiennent, et pour cela sont consultés par *représentation* ou par *communication*.

La représentation peut être offerte par une partie, requise par l'autre ou ordonnée d'office par le juge. Elle consiste dans l'examen d'une page déterminée du registre, avec interdiction d'en consulter aucune autre.

La communication qui ne peut être demandée que dans certains cas limités par la loi, et qui sont ceux de succession, de partage de société, de communauté et de faillite, est l'examen du registre en entier.

Quelle est la portée des livres de commerce en tant que preuve ?

Il faut distinguer si la preuve est invoquée en faveur du commerçant, ou contre lui.

Dans la première hypothèse, ils ne font pas foi si

l'adversaire n'est pas commerçant. Si l'adversaire est commerçant, le livre de la partie régulièrement tenu peut faire preuve en sa faveur. Si les livres de l'adversaire régulièrement tenus contredisent les siens, ces deux témoignages s'annulent.

D'ailleurs un commerçant n'ayant pas de livres, ou que des livres irrégulièrement tenus, ne sera pas nécessairement condamné sur la preuve fournie par les livres réguliers de son adversaire.

Contre le commerçant, ses livres même irrégulièrement tenus font preuve, que son adversaire soit commerçant ou non. Il ne peut tirer de sa négligence un moyen de défense, et ne peut faire preuve contre ses livres qui contiennent son *aveu*.

Le commerçant peut donc se créer un titre à lui-même, et peut être obligé de faire preuve contre lui-même. La célérité des opérations commerciales, et la possibilité, en général, de contrôler les livres de commerce des parties les uns par les autres, sont les raisons données pour légitimer cet état de choses.

Les mentions portées sur les livres, par un autre que leur propriétaire, font foi, fussent-elles écrites par l'adversaire (1) : il y a présomption que le propriétaire des livres y a consenti.

Les commerçants, outre ces trois livres obligatoires, peuvent en avoir d'autres : livres de caisse, des

(1) Massé, 3e édition, no 2482.

achats et ventes, des traites et acceptations, grand-livre, etc.

La communication de ces livres peut être demandée (1), si leur existence est prouvée. Telle est la jurisprudence de la Cour de cassation et l'avis de nombreux auteurs (2).

(1) Delamarre et le Poitvin, tome I, n° 287.

(2) Massé, n°s 2485 et suivants ; Boitel, *Livres de commerce* ; Mourlon, tome II, n° 829.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PREUVE PAR ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE

Les actes sous seing privé sont des actes faits sans l'intervention d'officiers publics, et sous la seule signature des parties.

Les deux éléments dont se compose cette définition se tirent de la dénomination même d'actes sous seing privé, c'est-à-dire rédigés sous la signature de personnes privées, par opposition aux actes authentiques qui sont dressés sous la signature d'un officier public, et qu'on pourrait appeler des actes sous seing public.

Ainsi que l'indique l'expression même d'acte sous seing privé, c'est la signature qui fait la force de l'acte, parce que c'est elle qui exprime le consentement sans lequel il n'y aurait pas d'obligation.

La signature est donc la condition essentielle de l'acte sous seing privé : « Il ne peut y avoir d'acte sous seing « privé, dit le tribun Jaubert, dans son rapport au Tri- « bunat, qu'autant que la signature des parties s'y

« trouve : la qualification d'acte sous seing privé le dit « assez. »

Une croix, un sceau, une marque, ne pourraient pas remplacer la signature. Les personnes illettrées, ou incapables de signer, doivent recourir à l'acte authentique. « La signature ne peut pas être remplacée par « une croix ; il en a été ainsi depuis la promulgation « de l'ordonnance de 1667, même dans les pays où « l'usage local consacrait cette pratique (1). »

Mais si la signature est essentielle à l'acte, il n'est cependant pas nécessaire que l'acte tout entier soit écrit de la main du signataire ou de l'un d'eux. Un tiers pourra libeller l'acte sous seing privé : les parties en le signant s'approprient l'écriture.

Enfin la signature peut être donnée à l'avance, et constitue le *blanc-seing*, dont la validité, contestée autrefois, ne peut plus l'être de nos jours.

Un usage constant et l'opinion des auteurs n'exigent sur l'original de l'une des parties que la signature des autres, la partie n'ayant pas à s'engager envers elle-même par sa propre signature (2).

L'acte sous seing privé dont la signature est reconnue par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenue pour reconnue (3), a entre ceux qui l'ont souscrit et entre

(1) Bonnier, *Preuves*, n° 670.

(2) Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, Bonnier ; Nancy, 23 juin 1849, Rennes, 15 novembre 1869.

(3) L'ancien droit exigeait que le porteur d'un acte sous seing privé,

leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique (1) (article 1322 Code civil).

avant de s'en servir, fît assigner en justice le signataire présumé. Si ce dernier reconnaissait sa signature, ou si, sur sa négation, elle était vérifiée et tenue pour reconnue, alors, seulement, le demandeur pouvait se servir de son acte pour prouver son droit. Aujourd'hui, au contraire, le porteur peut opposer son acte au signataire présumé avant toute assignation. Il ne peut en demander la vérification en justice que sur sa négation. Il y a donc pour l'acte sous seing privé une présomption de vérité, et, tant que celui à qui on l'oppose ne le nie pas, une sorte de reconnaissance tacite.

La négation fait naître une autre présomption : celle de fausseté, qui balance celle de vérité. Ces deux présomptions se valent : c'est à celui qui veut se servir de l'acte qu'il appartiendra d'en prouver la sincérité.

Au cas de négation, il faut un désaveu formel, car il y avait une présomption provisoire d'authenticité.

L'acte sous seing privé ainsi désavoué, devant être prouvé par celui qui l'oppose, à quoi lui servira-t-il d'en avoir fait rédiger un ? Autant vaudrait prouver la créance elle-même ? Non, évidemment ; car, d'abord, il est à croire que le signataire, obligé de nier formellement sa signature, ne l'osera pas, par crainte du déshonneur. Puis, le porteur ne pouvant, pour prouver le premier acte sous seing privé, en exiger un autre qui ne vaudrait pas davantage, est admis à faire preuve, par tous les moyens, de la réalité de la convention, tandis que, s'il n'avait pas fait rédiger d'acte, il ne pourrait recourir à la preuve testimoniale, qu'au-dessous de 150 francs. Il lui faudrait recourir à l'aveu ou au serment.

Une fois vérifié, l'acte sous seing privé est aussi probant que l'acte authentique. Ce qu'il constate est prouvé envers tous : le fait juridique qu'il relate est censé avoir réellement eu lieu.

Il faut enfin remarquer que l'assignation préalable en reconnaissance de signature n'a jamais été nécessaire dans le droit commercial, qui admettait la reconnaissance tacite. Le droit civil, en adoptant cette manière de voir, a donc suivi les usages du droit commercial.

(1) Les héritiers ou ayants cause, au lieu du désaveu formel, opposent

La loi qui exige pour l'acte authentique des formes nombreuses : un ou deux officiers publics, des témoins, etc., est beaucoup plus douce pour les actes sous seing privé. D'ailleurs, la rédaction de ces actes étant laissée aux parties elles-mêmes, il était bon de n'en pas trop compliquer les rouages. L'intervention d'un professionnel fût devenue nécessaire, ou la maladresse des parties, au milieu de ces exigences juridiques, eût laissé naître les prétextes de nombreux procès.

Cependant les articles 1325, 1326 et 1328 leur imposent quelques conditions lorsqu'ils sont destinés à constater une convention synallagmatique, une promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose exprimée en quantité, et dans tous les cas au point de vue de la certitude de leur date.

Il résulte en effet de l'article 1325 du Code civil, que les actes sous seing privé contenant une convention synallagmatique ne sont valables que s'ils sont rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et si chaque original contient la mention du nombre des originaux qui ont été faits.

Cette idée n'est pas nouvelle en France. Bien avant le Code civil, notre vieux droit français demandait que l'on donnât à chaque partie, dans les actes synallag-

la méconnaissance de la signature de leur auteur, pour faire tomber la présomption provisoire d'authenticité de l'acte sous seing privé qui leur est représenté.

matiques, le moyen de faire preuve de la convention. La charte-partie, — acte à l'aide duquel on établissait alors l'affrètement des navires, — était rédigée sur une feuille dont les parties gardaient chacune une moitié. Il fallait rapprocher ses deux moitiés quand on voulait faire exécuter la convention. Le législateur du Code civil a été mieux inspiré en accordant un original entier aux intéressés, car, dans le système ancien, quand l'un des morceaux était perdu, il devait être impossible d'y suppléer par l'autre seul.

En Angleterre, on place tous les originaux les uns sur les autres, et on en coupe une marge en forme de dents pour donner un moyen de vérifier leur identité : ce sont les *actes crénelés* (1) ; mais le double n'est pas exigé à peine de nullité.

Le droit autrichien ne l'exige pas non plus, et avant le XVIII^e^ siècle il en était de même en France. Le parlement de Paris, par un arrêt du 30 août 1736, consacra une jurisprudence plus rigoureuse : « Un « acte est absolument nécessaire pour établir qu'il y a « eu convention entre les parties. Il est établi, par le « principe naturel des engagements, que, si l'acte est « sous seing privé, il doit être double quand il con- « tient des conventions réciproques (2). » Les actes non faits doubles étaient donc, comme sous l'empire

(1) Bonnier, *Preuves*.
(2) M. de Grainville, Merlin, *R*. Double écrit.

de l'article 1325 du Code civil, frappés de nullité.

C'est que, dès alors, comme maintenant, la loi se préoccupait de donner aux parties engagées dans une même convention, une égale facilité de la prouver. Or, si une seule des parties avait un acte, elle pourrait, selon son intérêt, le produire ou le recéler. Il faut qu'elles aient des moyens égaux de défense, et soient à l'abri de la surprise et de la fraude ; voilà le souci du législateur.

Aussi, considère-t-on généralement le dépôt de l'acte, rédigé en un seul exemplaire, entre les mains d'un notaire, comme suppléant à la formalité des doubles : en effet, les parties ont la même sécurité que si elles avaient un original entre les mains, puisque l'une ne peut se servir de l'acte déposé au détriment de l'autre, ni le faire disparaître. L'article 1325 prend soin d'ajouter qu'un seul original suffit pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Puis il spécifie que chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

Cette condition a pour but d'empêcher les parties de prétendre que l'article 1325 n'a pas été observé. Par cette mention, signée d'elles-mêmes, et constatant qu'il a été fait un nombre suffisant d'originaux, ce prétexte d'invoquer la nullité leur est enlevé.

La représentation de tous les originaux couvrirait le défaut de mention de leur nombre, comme, d'ailleurs, l'accomplissement de la convention par les

parties. Le droit ancien avait adopté une opinion contraire que le Code civil n'a pas maintenue (1).

Enfin, la jurisprudence admet, comme commencement de preuve par écrit, l'acte sous seing privé annulé pour omission de ces formalités ; la Cour de cassation, en 1864, eut l'occasion de se prononcer en ce sens.

L'article 1326 exige une autre formalité.

Cette fois, ce n'est plus pour les actes synallagmatiques, mais pour les actes unilatéraux ayant pour objet une somme d'argent, ou des choses fongibles. Ces actes doivent être écrits en entier de la main de celui qui s'oblige, ou s'ils sont écrits par un autre,

(1) Un arrêt du parlement de Paris, du 30 août 1736, avait décidé que la représentation des deux doubles ne pouvait pas remplacer la mention **fait double**. Dans l'espèce qui lui avait été soumise, les originaux étaient tous produits, mais la mention de leur nombre manquait sur chacun d'eux. Le parlement, confirmant la coutume du Châtelet, n'admit pas la validité de l'acte. M. de Grainville, à cette occasion, dit : « Si l'une des parties ou toutes les deux ont pu soustraire « la preuve que l'acte a été fait double, l'acte est nul, et ne peut prouver « qu'il y a eu une convention; il n'a formé aucun engagement entre « les parties. Il n'est pas difficile d'appliquer ces principes au défaut « d'énonciation de *fait double* dans les actes. L'une ou l'autre des par- « ties pouvait supprimer son double; celui qui aurait voulu exécuter « n'avait aucun moyen pour prouver qu'il avait été fait double, et que, « par conséquent, l'engagement était obligatoire ou réciproque. . Il est « vrai que les deux doubles étaient représentés; mais cette représenta- « tion ne rectifiait pas le défaut d'énonciation qu'ils avaient été faits « doubles. Cette représentation ne donnait point à l'acte le caractère « qu'il n'avait pas. Il était nul dans son principe, parce que ni l'un ni

être revêtus, outre la signature, d'un *bon* ou *approuvé* accompagné du montant de la somme due, ou de la quantité, en toutes lettres, et ce, de la main du signataire (1).

On a voulu, par là, éviter, autant que possible, les abus du blanc-seing et les dangers du faux. En effet, il eût été trop facile de se servir d'un blanc-seing arraché à la confiante faiblesse d'un citoyen, et d'en faire la preuve d'une prétendue dette ; ou bien, de transformer, au moyen de quelque procédé chimique, un billet de peu de valeur en une obligation considérable.

L'article 1326 est la reproduction, en substance,

« l'autre de ces doubles ne donnait aux parties la preuve que la con-
« vention était réciproque et par conséquent obligatoire. »

Conformément à ces principes, le parlement de Paris, en 1767, décida que l'exécution volontaire de la convention ne pouvait suppléer au défaut de la mention *fait double,* et le parlement de Rouen, en 1785, que l'existence même de la mention ne suffisait pas, si on pouvait prouver que l'acte n'avait pas été réellement fait double.

Plusieurs arrêts confirmèrent la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du parlement de Paris, du 30 août 1736, et qui prévalut dans le ressort des parlements de Paris, de Bordeaux et de quelques autres. Cependant les parlements de Grenoble, de Douai et de Flandre consacrèrent l'opinion contraire, et critiquèrent ces arrêts qui « confondaient ce qui appartient à la preuve et ce qui appartient à l'essence même du contrat ».

(1) Ces formalités ne sont pas jugées assez sévères dans tous les pays : ainsi le Code autrichien demande que le billet soit écrit en entier de la main du débiteur, ou que sa signature soit corroborée par celles de deux témoins irréprochables.

des déclarations du 30 juillet 1730 et du 22 septembre 1733, qui furent nécessitées par l'abus du blanc-seing dans le dernier siècle.

La convention peut être prouvée par d'autres moyens quand le billet est nul pour non-observation de l'article 1326. La jurisprudence et les auteurs reconnaissent que le billet peut alors servir de commencement de preuve par écrit. Le parlement de Paris en avait déjà décidé de la sorte dès 1748. Sa nullité peut aussi être couverte par l'exécution volontaire de la convention, qui, mieux que la formule *vu* ou *approuvé*, est une preuve de la réalité de l'engagement.

Enfin, si la somme, ou quantité, exprimée dans le *bon* ou *approuvé*, n'est pas la même que celle que contient le corps de l'acte, la vérité est présumée en faveur de la moindre, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.

La loi dispense de ces formalités les marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, pour lesquels il suffit d'apposer leur signature.

Cette dispense a été l'objet de plus d'une critique, au sujet des artisans, laboureurs, vignerons, gens de service et de journée. La loi, a-t-on dit, laisse sans protection les personnes qui en ont le plus grand besoin à cause de leur inexpérience. On a pu répondre très justement que ces personnes ne savent souvent qu'à peine écrire leur nom, et qu'il ne fallait donc pas leur

demander davantage ; et que, d'ailleurs, l'abus du blanc-seing n'est guère à craindre chez elles, car il n'est pas dans leur usage d'en confier à personne, ni de signer un acte sans en avoir lu ou fait lire le contenu.

Un autre texte, l'article 1328, vient encore poser une condition, non plus pour que la validité de l'acte sous seing privé soit incontestable, mais pour que sa date soit certaine et fasse foi vis-à-vis des tiers : les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire (1). En effet, un acte sous seing privé reconnu, ou vérifié en justice, fait foi entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause, de la convention qu'il contient et de sa date. A l'égard des tiers, il fait pleine foi de la convention ; mais fait-il foi de sa date ? L'affirmative eût conduit à des résultats terribles : il eût été facile de consentir une obligation envers quelqu'un et de la rendre inutile au moyen d'un acte antidaté. Aussi la loi a-t-elle exigé, pour que l'acte sous seing privé fît foi de sa date envers les tiers, les conditions de l'article 1328.

Il ne fera donc foi que :

1° *Quand il aura été enregistré :* il y aura certitude

(1) Code civil, article 1328.

qu'il aura été signé au plus tard le jour de l'enregistrement ;

2° *Lorsque le signataire ou l'un des signataires est décédé :* il ne peut avoir été fait après la mort de celui qui l'a signé (1) ;

3° *Lorsque sa substance a été relatée dans un acte authentique :* l'acte authentique faisant date certaine, il est constant que l'acte sous seing privé existait au moment où l'acte authentique fut dressé.

Si l'acte est en contradiction avec l'article 1328, la date sera cependant certaine entre les parties, il n'y a pas de doute à élever sur ce point. Elle le sera entre leurs héritiers : c'est tout naturel, ils continuent la personne des défunts. Elle le sera contre leurs ayants cause (2), qui ne tiennent leurs droits que des parties, et ne peuvent en avoir acquis plus qu'elles ne pouvaient leur en céder, c'est-à-dire en posséder elles-mêmes. Mais il est raisonnable qu'elle ne le soit pas vis-à-vis des tiers qui furent des étrangers au contrat.

(1) Toullier décidait de même à partir du jour où le signataire avait perdu les deux bras. Mais, dit M. Bonnier (*Preuves*, pages 592), on peut écrire avec le pied, il y a même un artiste contemporain chez qui cet organe avait atteint assez de souplesse pour manier le pinceau, et qui a exécuté des ouvrages assez remarquables.

(2) Dans ces derniers sont compris seulement les ayants cause à titre particulier, postérieurs à l'acte constaté par le sous seing, c'est-à-dire ceux qui ont succédé à la partie comme acheteurs, donataires, co-échangistes, après la signature de l'acte.

Ceux qui antérieurement à cet acte auraient traité dans les mêmes

Ces dispositions du Code civil doivent-elles être étendues au droit commercial ?

La question est importante, car les contractants, qui, sous l'empire de ce droit, peuvent avoir recours à toutes les preuves, choisiront souvent l'acte sous seing privé.

Quelles règles le régiront alors?

Faudra-t-il appliquer l'article 1325 du Code civil ?

Devra-t-on exiger ces formalités du double écrit et de la mention du nombre d'originaux faits, formalités qui ont souvent été trouvées si gênantes en droit civil ?

Presque tous les auteurs ont refusé de maintenir, dans le droit commercial, les exigences du droit civil. En effet, en matières commerciales, tout mode de preuve est admis ; tout écrit prouve, quelle que soit sa forme ; pourquoi être plus difficile pour les actes sous seing privé ? De nombreux maîtres ont écrit sur cette question, et, en majorité, ils ont soustrait les actes sous seing privé commerciaux à l'obligation imposée

conditions, seraient considérés comme des tiers. M. Mourlon explique cette distinction par un exemple : Primus vend, sous seing privé, à Secundus un droit d'usufruit. Cette constitution d'usufruit existe *erga omnes*. Qui est tenu de la subir? Les parties à l'acte, leurs héritiers, *les ayants cause à titre particulier* à qui elles auraient donné ou vendu le domaine grevé d'usufruit, mais non le créancier hypothécaire antérieur à la constitution d'usufruit. Il est très important, pour savoir quand il y aura antériorité ou postériorité, que la date de l'acte soit certaine.

par l'article 1325. Cependant l'unanimité n'existe pas sur ce point, et quelques auteurs, appuyés par la jurisprudence, soutiennent énergiquement une doctrine opposée.

Il faut, avant d'aborder cette discussion, remarquer que tous les auteurs sont d'accord sur deux points : il y a, dans le droit commercial, plusieurs espèces d'actes synallagmatiques qui doivent être soumis à la formalité du double exemplaire, et plusieurs sortes qui échappent à cette règle.

Il y a plusieurs espèces d'actes synallagmatiques qui sont soumis à la formalité du double exemplaire, et ces actes ne sont pas d'une petite importance.

Il faut citer l'acte sous seing privé qui constate une société en nom collectif ou en commandite : l'article 109 du Code de commerce décide qu'il doit être fait conformément à l'article 1325 du Code civil. On doit ajouter le connaissement. Cet acte qui intéresse l'expéditeur, le destinataire, le capitaine et l'armateur, est nécessairement rédigé en quatre exemplaires.

Certains autres actes synallagmatiques échappent, au contraire, à la règle posée par l'article 1325, et cela en vertu d'une disposition expresse de la loi.

Ainsi le bordereau d'un agent de change, la facture dûment acceptée sont certainement en dehors de la sphère d'application de cet article.

La discussion se trouve donc limitée aux contrats de vente, de commission, et aux contrats du même genre.

Dans ces différents cas la majorité des arrêts se prononce pour l'application des formalités de l'article 1325 aux actes sous seing privé commerciaux.

Ainsi, la cour de Lyon a jugé, le 18 décembre 1826, que tous les actes commerciaux en général, et spécialement l'acte sous seing privé contenant de la part d'un créancier commercial adhésion au concordat fait avec un failli, devaient être rédigés conformément à la règle du Code civil.

Déjà, le 28 août 1816, la cour de Colmar avait jugé aussi, que même l'acte sous seing privé constatant une société commerciale en participation, société qui n'a pas besoin, comme les sociétés en nom collectif ou en commandite, d'être prouvée par le moyen d'un écrit, devait être rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a d'associés.

C'est aussi la manière de voir de la cour suprême qui, à la même époque, le 19 décembre 1816, décidait qu'une police d'assurance maritime ayant les caractères d'un contrat synallagmatique, lorsque la prime n'est pas payée comptant, est nulle quand l'acte sous seing privé qui la contient, n'est pas rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; et pourtant il s'agit bien là d'une opération commerciale.

Cette jurisprudence est un des grands arguments apportés à l'appui de leur théorie par les auteurs qui veulent appliquer aux actes commerciaux la complica-

tion des règles de l'article 1325, tout en avouant que le droit commercial « a toujours eu une tendance à simplifier » !

Mais ils invoquent d'autres raisons, et demandent pourquoi l'article 109 du Code de commerce ferait figurer, dans l'énumération qu'il donne des divers moyens de preuves admis en matière commerciale, les actes sous signature privée sans ajouter aucune explication, sans faire aucune restriction ni réserve, de même qu'il y fait figurer les actes publics, s'il ne se référait, tacitement, au Code civil, pour tout ce qui concerne les uns et les autres, leurs conditions, leurs formes, etc. (1)...

Ils ajoutent que l'article 39, que leurs adversaires ne manqueront pas de leur opposer, n'a pas pour but d'introduire, en matière de sociétés commerciales, une règle spéciale à ces contrats, mais de rappeler un principe général, et constitue une redondance. Puis ils concluent que, en matière commerciale comme en matière civile, l'article 1325 est la règle qui régit les actes

(1) L'un de ces auteurs oublie qu'il a écrit à propos de la lettre de change : « L'article 122 du Code de commerce qui prescrit minutieu-« sement la forme de l'acceptation de la lettre de change... *n'eût pas* « *manqué de rappeler* les formalités de l'article 1326, si elles eussent « dû compliquer la simplicité de l'acceptation... »

Pourquoi ne dit-il pas : L'article 109 n'eût pas manqué de rappeler les formalités de l'article 1325, si elles eussent dû compliquer la simplicité de l'acte sous seing privé commercial ? Voir Massé, tome IV, n° 2401, 3e édition.

sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques.

On peut répondre à ces auteurs, avec M. Baudry-Lacantinerie, que l'acte sous seing privé peut être dispensé des formalités des articles 1325, 1326 et 1328 sans que la loi le dise (1).

On peut aussi leur opposer qu'il ressort des travaux préparatoires du Code civil et du Code de commerce, que la législation commerciale doit être basée sur des principes autres que ceux sur lesquels est fondée la législation civile, et que les dispositions de la loi commerciale doivent s'harmoniser avec les grandes habitudes commerciales. Il est opportun de rappeler à ce propos que, lors de la discussion de l'article 1601 du Code civil, M. Tronchet déclara que les dispositions du Code civil ne s'appliquent pas aux affaires du commerce.

La formalité des doubles est d'ailleurs peu en rapport avec la simplicité et la célérité qui caractérisent les transactions commerciales, et leur sont nécessaires.

L'usage commercial est contraire à cette exigence (2), et, en effet, à quoi bon se préoccuper de la forme d'un titre quand ce titre lui-même n'est pas nécessaire (3) ?

C'est qu'en effet, les transactions survenues entre

(1) Baudry-Lacantinerie, tome II, n° 1182, note.

(2) Lyon-Caën et Renault, tome III, n° 55.

(3) Bédarride, livre I, titre VII, n° 341, *Droit commercial*. Larrombière, *Traité des obligations*, tome VI.

commerçants, en matière commerciale, peuvent être prouvées par la correspondance, les factures, les bordereaux, revêtus d'une simple signature, la preuve testimoniale sans limitation à aucun taux, et les simples présomptions. Quelles raisons peut-on invoquer pour repousser la preuve qui résulterait d'un écrit signé des parties, quand bien même il ne serait pas rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, ou ne porterait pas mention du nombre de ces originaux ?

Puis les juges ayant toute liberté d'appréciation, en matière commerciale, qui pourrait les empêcher de tenir compte d'un acte sous seing privé non conforme, dans sa rédaction, à l'article 1325 ?

L'article 39 fournit un argument de plus, argument que les partisans de l'application de l'article 1325 ont essayé de détruire par avance, on l'a vu tout à l'heure.

Cet article 39 exige que les contrats de sociétés en commandite, ou en nom collectif, soient constatés par des actes authentiques, ou des actes sous seing privé *rédigés conformément à la loi civile.*

Il faut en conclure que si le législateur a cru nécessaire de stipuler pour les contrats de sociétés l'obligation d'être faits suivant les règles du Code civil, il est incontestable que cette obligation n'est pas générale en droit commercial.

Le soin même que le législateur a pris de le dire pour ces cas, prouve qu'en général l'article 1325 est sans application aux contrats de commerce.

A cette assertion que l'article 39 constitue une redondance, parce que l'article 109 ne dispensant pas les actes sous seing privé de la formalité de l'article 1325 du Code civil, les y laisse soumis par son silence, et que par suite on n'avait pas besoin de le répéter pour les actes sous seing privé constatant les sociétés, on répond en demandant pourquoi l'article 39 ne parle que de quelques cas particuliers. Pourquoi, surtout, l'article 39 existe-t-il, si l'article 109 ordonne en général ce qu'il prescrit en particulier?

Mais si l'article 109 renvoyait virtuellement pour les actes sous seing privé commerciaux aux conditions de forme prescrites pour ces actes en matière civile, cette exigence, qui bien que critiquable se comprend dans le droit commun, là où les preuves sont soumises à certaines restrictions, ne se légitimerait pas dans le droit commercial, où la preuve testimoniale et les présomptions sont admises, on l'a fait remarquer plus haut.

A ces raisonnements auxquels s'ajoute l'opinion de nombreux auteurs (1), il faut joindre les considérants de l'arrêt de rejet du 8 novembre 1843 et l'arrêt de Trèves du 30 mai 1820 qui sont dans le même sens.

On doit donc conclure avec M. Bravard (2) : « La

(1) Voyez Delamarre et le Poitvin, Boitel, Duranton, Toullier, Bravard, Pardessus, Larrombière, Bédarride, Lyon-Caen et Renault, Bonnier. En sens contraire : Massé, Alauzet, Demangeat.

(2) Bravard-Verdières, 2e édition, tome II, p. 289.

« formalité prescrite par l'article 1325 du Code civil « n'est pas requise en matière commerciale, si ce n'est « pour certains contrats (1). »

C'est la théorie que cette étude adopte avec la majorité des auteurs.

Il est, par le fait, inutile d'examiner si la mention du nombre des originaux doit être portée sur chacune d'eux.

L'article suivant vise les obligations unilatérales ayant pour objet une somme d'argent ou une quantité. Il exige que les actes relatant ces obligations soient écrits en entier de la main du débiteur, ou, s'ils ont été écrits par un tiers, qu'ils soient signés par le débiteur, et portent, en toutes lettres, et de sa main, avec la mention : *vu* ou *approuvé*, la somme ou la quantité objet de l'obligation (2).

Cet article, l'article 1326 du Code civil, est-il applicable en droit commercial ? Un second alinéa vient répondre négativement en soustrayant les négociants à l'empire du premier : « excepté dans le cas où l'acte émane de marchands (3). »

Le mot *marchands* est ici générique et embrasse toutes les classes de commerçants : banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, dont la déclaration

(1) On a vu plus haut que M. Demangeat en commentant M. Bravard professe l'opinion contraire.

(2) Code civil, article 1326, I.

(3) Code civil, article 1326, II.

de 1733 faisait l'énumération. C'est qu'en effet l'article 1326 ne fait que reproduire en substance une déclaration du 22 septembre 1733, où il était ordonné que tous les billets sous signature privée, au porteur, à ordre ou autrement, causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seraient faits par les banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs, manouvriers et autres de pareille qualité, seraient de nul effet et valeur, si le corps du billet n'était écrit de la main de celui qui l'avait signé, ou du moins si la somme portée audit n'était reconnue par une approbation écrite en toutes lettres aussi de sa main.

Cette exception est d'ailleurs parfaitement légitimée par cette considération que les blancs-seings, qui peuvent devenir l'expression du crédit illimité, ne sont pas dans les usages du commerce, et qu'imposer aux commerçants l'obligation d'écrire eux-mêmes les billets qu'ils signent, ou de faire précéder leur signature d'un *bon* ou *approuvé*, c'eût été compliquer de formalités inutiles les transactions commerciales, que la loi et la pratique ont toujours, au contraire, tendu à simplifier de plus en plus.

L'article 1326 ne fait aucune distinction ; il n'y a aucune raison pour le restreindre au seul cas où le négociant fait un acte de commerce (1). Il est général : il

(1) Comp. Colmet de Santerre.

lui suffit que l'acte émane d'un commerçant, sans qu'il soit besoin d'examiner autre chose. La cour de cassation a consacré ce principe le 30 juillet 1868, pour un commerçant signant un acte civil. Mais il faut que ce commerçant le soit encore au moment où il signe cet acte, et la cour de Caen a statué avec raison, le 15 décembre 1824, qu'il n'était pas suffisant d'être un ancien commerçant. Cependant, s'il n'y avait que fort peu de temps que l'artisan eût cessé d'exercer son métier, et si les tiers avaient de bonnes raisons de n'avoir pas pu apprendre cette modification d'état, l'absence du *bon* ou *approuvé* n'entraînerait pas la nullité de l'acte (1).

Mais si le commerçant, même faisant des actes civils, est en dehors de la sphère d'application de l'article 1326, en est-il de même des non-commerçants agissant commercialement ?

Il semble rationnel de favoriser, en simplifiant les formes, le non-commerçant agissant commercialement, comme on a favorisé le commerçant même dans ses actes civils. Cependant une controverse très vive s'ouvre sur ce point.

On a appliqué, disent certains auteurs, le principe que c'est non pas à la nature de l'acte, mais à la qualité de celui qui le fait qu'il faut se reporter lorsqu'on a décidé qu'un acte civil fait par un commerçant devait être

(1) Voyez Bonnier, Aubry et Rau, Demolombe

soumis aux règles du Code de commerce. Il est bon d'appliquer encore le même principe, et de dire qu'un non-commerçant ne peut faire commercialement un acte de commerce (1). Aussi, bien que le billet ait le commerce pour objet, s'il est souscrit par un non-commerçant, il doit être écrit de sa main, ou accompagné d'un *bon* ou *approuvé* de sa main. Cela découle de la lettre même de l'article 1326 : en effet, l'exception formulée par le deuxième alinéa de cet article ne porte pas sur les actes de commerce, mais bien sur les actes des commerçants. Puis, le danger du blanc-seing qui n'existe pas pour les commerçants dans l'usage desquels il n'est pas de donner leur signature sans savoir à quoi ils s'engagent, est le même pour un non-commerçant, soit qu'il contracte une obligation commerciale, soit qu'il en contracte une civile. A cette dernière raison on peut répondre qu'il ne faut pas compliquer les actes de commerce, et mettre obstacle à leur rapidité, aussi indispensable, que les signataires soient ou non commerçants. A la première, M. Bonnier répond lui-même dans son livre des *Preuves* : « Un acte commercial en la « forme, bien que souscrit par un non-commerçant, ne « tombe pas sous l'application de l'article 1326. Au- « trement le Code de commerce aurait établi des « formes spéciales pour les lettres de change souscrites

(1) En ce sens : MM. Duranton, Massé, Bravard et Demangeat, Pardessus...

« par de simples particuliers. C'est ce qu'a jugé, sous « l'empire de la déclaration de 1733, la cour de cas- « sation (rejet, 10 messidor an XI), et, quant à la « législation moderne, la cour de Montpellier, le 20 « janvier 1835. Celui qui souscrit un acte de cette na- « ture est, pour ainsi dire, momentanément commer- « çant, puisqu'il se soumet à la juridiction commer- « ciale, et même à la contrainte par corps, avant « l'abolition prononcée en 1867 (1). »

Il faudrait des formes spéciales pour les lettres de change, lorsqu'elles sont souscrites par de simples particuliers. En effet; le code de commerce dispense bien ces actes du *bon* ou *approuvé;* mais le Code de commerce n'est fait que pour les commerçants, et, d'ailleurs, il n'y a que les commerçants qui soient dispensés de la formalité prescrite par l'article 1326, disent les adversaires de la théorie que vient de défendre M. Bonnier.

En vérité, leur manière de voir les gêne un peu sur ce point, et en amène certains à ajouter : On admet qu'il en est autrement pour la lettre de change, car la rédaction de l'article ne comprend pas ce cas, et d'ailleurs, la forme de la lettre de change est régie exclusivement par l'article 110 du Code de commerce : aussi les auteurs et la jurisprudence décident-ils qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit écrite de la main du non-

(1) Bonnier, *Preuves*, p. 565.

commerçant qui la souscrit, ni que l'écriture d'une main étrangère en soit approuvée. Mais, tout en admettant cette restriction à leur théorie, ils se défendent d'accepter la raison qu'en donnent leurs adversaires : à savoir que celui qui souscrit une lettre de change devient momentanément commerçant. Ils reconnaissent que celui qui souscrit une lettre de change se soumet par le fait à la juridiction commerciale, mais se refusent d'en faire un commerçant, pas plus que de celui qui souscrirait un billet à ordre à forme commerciale, car on ne devient pas commerçant parce qu'on fait un acte isolé de commerce, il faut pour cela faire sa profession du commerce. Pour eux, la lettre de change est soustraite aux formalités de l'article 1326 du Code civil, parce qu'elle ne peut entrer dans les séries d'actes désignées par cet article comme tombant sous son empire. L'article 1326 parle de billets et promesses : or la lettre de change n'est ni un billet ni une promesse dans le sens ordinaire de ces mots. Le tireur qui la signe est bien obligé de la rembourser si elle n'est pas acceptée ou payée par le tiré ; mais cette obligation de garantie ne vient pas d'une promesse, elle découle du mandat donné au tiré.

Quelques-uns d'entre eux, plus conséquents avec eux-mêmes, acceptent les suites de leur théorie, et enseignent que la loi exige un *bon* ou *approuvé* indiquant en toutes lettres le montant de la somme, lorsque le tireur n'est pas commerçant. L'article 1326 du

Code civil leur paraît formel en ce sens, et la jurisprudence, qui s'est prononcée en sens contraire, ne leur paraît pas conforme à la loi.

Voilà donc où conduit logiquement le système que plusieurs bons auteurs ont adopté sur cette question. Il suffit de leur rappeler la déclaration de M. Tronchet citée plus haut : Les principes du droit civil ne sont pas applicables au droit commercial, à moins d'indication expresse.

Ces auteurs reproduisent d'ailleurs, comme leurs amis, cette objection qu'il n'est pas exact de dire que par la souscription d'un titre commercial, un individu se rend momentanément commerçant, la nature du titre étant attributive de juridiction, mais non de qualité ; en effet, un commerçant signant un effet civil ne dépouille pas sa nature de commerçant et le signe comme en matière commerciale. Donc le tireur non commerçant ne peut se prétendre affranchi du *bon* ou de l'*approuvé* en qualité de commerçant, car il ne l'est pas ; il ne peut point invoquer l'exception du deuxième alinéa de l'article 1326.

En somme, c'est toujours le même argument, et sans une raison nouvelle à l'appui.

Il est bien certain que le non-commerçant ne devient pas commerçant parce qu'il fait un acte isolé de commerce; cependant, un propriétaire qui loue garnie une partie de sa maison, étant soumis pour cet acte momentané de commerce aux charges d'un commerçant

maître d'hôtel garni, ne pourrait-on pas se ranger à l'avis de ceux qui disent qu'en faisant un acte de commerce, le non-commerçant s'assimile au commerçant, et se soustrait à l'article 1326 ?

En tout cas, il est vrai de dire que si la loi tient compte de la qualité de la personne, elle ne la sépare pas de l'acte lui-même. Elle la caractérise plutôt par la nature de l'acte, et elle ne pourrait mettre cette qualité de la personne et la nature de l'acte en opposition sans nuire aux intérêts du commerce. Donc, quand un billet ayant pour cause un fait même isolé de commerce sera souscrit par un non-commerçant, il sera soustrait aux formalités de l'article 1326, car, si le souscripteur n'est pas commerçant d'habitude, il l'est au moins *eu égard* à l'acte particulier qu'il vient de faire (1).

Enfin, le principe de la liberté des preuves, en matière commerciale, est une autre raison de repousser l'application des formalités de l'article 1326. Logiquement, il n'est pas possible de comprendre qu'un écrit doit être soumis à des formes spéciales, quand il constate un acte commercial, acte qui peut être *prouvé par toute sorte d'écrits*, et qui, en l'absence d'écrit, peut même être prouvé par témoins (2).

(1) « La nature des preuves admissibles dépend, en principe, non de la qualité des parties, mais de la nature des actes et des faits à prouver. » Lyon-Caen et Renault (p. 17), tome III.

(2) D'autres raisons pourraient être puisées dans les œuvres des auteurs qui sont les adversaires de cette théorie. Par exemple on pourrait

Là est la meilleure raison qui puisse être donnée : tout acte, en n'importe quelle forme, tout écrit, pouvant prouver une convention commerciale, pourquoi récuser l'acte correctement rédigé auquel il manque l'approbation demandée par l'article 1326? Et quand on ajoute que l'acte lui-même n'est pas nécessaire, que la convention peut être prouvée par témoins, on s'étonne qu'il ait fallu discuter si longtemps sur ce point (1).

Aussi, que le signataire du billet, non-commerçant, soit exempté des formalités de l'article 1326 par l'alinéa 2 de cet article, qu'il en soit exempté par cela même que, faisant un acte commercial, il est momentanément

copier dans M. Massé, qui n'est pas toujours conséquent avec ses principes, on l'a déjà vu, le passage suivant : « Il suffit, pour que le « juge puisse admettre la preuve testimoniale, que cette preuve ait « pour objet un fait commercial de la part de celui qui offre la preuve « sans qu'il soit nécessaire que ce fait ait, également, un caractère « commercial de la part de celui contre qui la preuve est offerte. » (Massé, tome IV, n° 2543.) Voilà donc un commerçant ou non-commerçant soumis au droit commercial, et *traité comme un commerçant*, pour un fait qui n'a même pas, vis-à-vis de lui, un caractère commercial.

M. Bravard, avocat de la théorie de M. Massé, fournit un autre passage aussi concluant : « Le commerçant qui aurait fait un acte com- « mercial, ne peut pas opposer que le même acte serait purement civil « vis-à-vis de son adversaire non-commerçant. » Ce dernier pourra donc être traité comme ayant agi commercialement, quoique son acte soit purement civil.

(1) Parmi les auteurs qui veulent appliquer l'article 1326 aux actes commerciaux des non-commerçants, il faut citer MM. Massé, Bravard-Verdières, Dalloz, Nouguier, Duranton, Pardessus.

commerçant, ou que ce soit pour l'une des autres raisons énumérées plus haut, il est vrai de dire que le billet signé de lui peut être écrit par un tiers et non suivi de la mention *bon* ou *approuvé* (1).

Il reste à examiner une autre question : celle de l'application de l'article 1328 aux actes commerciaux.

D'après l'article 1328 du Code civil, les actes sous seing privé n'ont date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où la substance de ces actes est constatée dans un acte dressé par un officier public (2). Faut-il soumettre à cette règle les actes sous seing privé constatant une obligation commerciale ?

Il est à remarquer tout d'abord qu'il y a des actes commerciaux qui ont incontestablement date certaine vis-à-vis des tiers, même sans être faits selon les prescriptions du Code civil. Ce sont tous les actes qui, d'après le Code de commerce, doivent nécessairement être datés : comme la lettre de change, le billet à ordre, l'endossement, le contrat d'assurance ; en effet, pourquoi la loi eût-elle exigé cette date si on ne devait pas la considérer comme vraie ?

Il est à remarquer aussi que, réciproquement, l'acte sous seing privé constatant la vente d'un navire n'aura

(1) En ce sens voir MM. Lyon-Caen et Renault, Larrombière, Bonnier.

(2) Code civil, art. 1328.

date certaine que selon les conditions requises par le Code civil : cela paraît devoir être déduit des termes de l'article 192, n° 6 du Code de commerce.

Mais, à part ces exceptions, que doit-on répondre à cette question : L'acte sous seing privé qui constate une convention commerciale, doit-il être soumis, en général, à l'application de l'article 1328 du Code civil ?

La doctrine et la jurisprudence presque unanimement, répondent non, et leur décision paraît bien raisonnable.

En effet, en matière civile les actes peuvent aisément être soumis aux prescriptions de l'article 1328, car l'écriture, qu'il s'agisse d'actes authentiques ou d'actes sous seing privé, est le mode le plus commun de prouver les transactions civiles, et la preuve testimoniale et les présomptions ne sont admises à leur suppléer que dans des cas exceptionnels.

Au contraire, en matière commerciale il y a un grand choix de moyens de preuve. Les actes authentiques, les actes sous signature privée sont exigés pour prouver les transactions dans quelques cas exceptionnels ; mais la règle ordinaire, la règle générale, posée par l'article 109 du Code de commerce, permet d'employer également les bordereaux, les factures, la correspondance, les livres des parties, la preuve testimoniale ; et la pratique commerciale, qui tend à tout simplifier pour épargner du temps et de l'argent, leur donne souvent la préférence. Or, ces

moyens de preuve sont incompatibles avec la formalité de l'enregistrement qui est le seul des moyens indiqués par l'article 1328, qu'il soit au pouvoir des parties d'employer, pour donner date certaine à leur acte sous signature privée. Alors, si l'article 1328 est applicable en matière commerciale, l'article 109 du Code de commerce devient inutile, puisque tous les moyens de preuve qu'il met au service des parties n'auront de valeur qu'entre elles, et ne seront pas opposables aux tiers. Il ne serait guère prudent, en effet, de se servir, pour constater des conventions, d'actes qui seraient considérés comme nuls au cas où des tiers auraient intérêt à intervenir aux débats.

Il est plus juste de dire que l'article 109 mettant à la disposition des commerçants, pour prouver leurs conventions, des preuves écrites ou verbales non compatibles avec les formalités de l'enregistrement, les en dispense et leur donne date certaine, indépendamment de l'observation de ces formes. Mais alors faudrait-il dire que l'acte sous seing privé non enregistré aurait moins de force pour prouver une transaction commerciale, que l'extrait des livres ou de la correspondance non enregistré non plus ? La solution ne serait guère acceptable. Il vaut mieux donner aux contrats commerciaux date certaine vis-à-vis des tiers, aussi bien quand ils sont constatés par un acte sous seing privé non enregistré que lorsqu'ils le sont par quelque autre moyen énuméré par l'article 109.

D'ailleurs, il existe pour les actes commerciaux une sorte d'enregistrement : c'est le contrôle par le moyen des livres des parties.

Enfin, il faut avouer que la nécessité de l'enregistrement des actes sous seing privé cadrerait mal avec la célérité toujours utile, et souvent indispensable en matière commerciale.

M. Duranton, étudiant cette question de la date au point de vue du cas le plus ordinaire dans lequel elle se présente, c'est-à-dire, au point de vue du cas où les créanciers concourent ensemble dans la faillite du débiteur, et sont respectivement *des tiers* les uns vis-à-vis des autres, décide aussi qu'on ne doit pas les exclure pour la seule raison que leur titre n'aurait pas acquis, avant la faillite, date certaine, de peur de détruire la confiance si nécessaire au commerce : « L'usage constant, au contraire, ajoute-t-il, est de les admettre également au passif de la faillite, sauf au tribunal, s'il y a contestation sur la sincérité de telle créance, si l'on prétend que la cause en est simulée, ou que l'obligation n'a été souscrite que depuis l'ouverture de la faillite, et qu'on l'a antidatée, à apprécier les circonstances de la cause, et à rejeter la créance, s'il apparaît qu'elle n'est point légitime (1). »

« Un point sur lequel on est assez d'accord dans « cette matière si controversée, dit M. Bonnier (2),

(1) Tome XIII, n° 140.

(2) Bonnier, *Preuves*, p. 587.

« c'est que la certitude de la date n'est pas requise,
« même à l'égard des tiers, dans les opérations com-
« merciales, qui, sous le double rapport de la célérité
« et de l'économie, ne peuvent être soumises à la né-
« cessité de l'enregistrement. »

De fait, l'unanimité existe presque sur cette question, et une revue des principaux auteurs qui ont écrit sur le droit commercial suffira pour démontrer qu'il est peu de matières où leurs idées soient aussi semblables.

« Inutile d'appliquer l'article 1328, dit M. Boitel: les
« juges ont toute latitude d'appréciation, et il y a le
« contrôle des livres des parties. »

MM. Delamarre et le Poitvin disent aussi : « On ne
« peut appliquer aux actes de commerce l'article 1328
« qui prescrit, pour la certitude de la date, des forma-
« lités incompatibles avec la rapide succession des
« engagements commerciaux et même inutiles pour la
« constatation des époques, puisqu'elles doivent être
« inscrites aux livres. On ne prononcerait pas, dans le
« commerce, la nullité d'un acte de vente, d'échange
« ou de tout autre contrat consensuel, même synallag
« matique parfait, sur le motif qu'il n'aurait pas été
« rédigé double, triple, etc. Pareillement, les tiers
« intéressés ne pourraient, en invoquant l'article 1328
« du Code civil, prétendre que ces mêmes actes n'ont
« de date contre eux que du jour où ils ont été enre-
« gistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de

« ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur subs-
« tance est constatée dans des actes dressés par des
« officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés
« ou d'inventaires. Dans le droit commercial la sincé-
« rité des dates est présumée aussi longtemps qu'on
« n'en prouve pas la fraude qui fait exception à toute
« règle... La date des actes sous seing privé étant un
« fait, peut, en général, entre toutes personnes, et
« surtout dans le commerce, être constatée par témoin
« et par tout autre genre de preuve ; mais toujours
« y a-t-il de l'imprudence à s'exposer aux lenteurs
« dispendieuses de ces sortes de procédure et à l'in-
« certitude de leur résultat (1). »

Selon M. Toullier, et dans le même sens, les tribunaux, qui peuvent toujours en matière de commerce admettre la preuve testimoniale, peuvent l'admettre à plus forte raison pour établir la vérité ou la fausseté de la date d'un acte sous seing privé ; ils peuvent donc, d'après les circonstances, appliquer le principe de l'article 1328, le modifier ou en écarter l'application, suivant que l'équité ou l'intérêt du commerce paraissent l'exiger, et d'ailleurs, dans presque toutes les affaires de commerce, il se trouvera, outre la ressource des livres, des circonstances qui serviront à prouver la date des actes sous seing privé (2).

(1) Delamarre et le Poitvin, tome I, p. 322, n° 208.
(2) Tome VIII, n° 244.

M. Pardessus enseigne qu'on ne doit pas appliquer, sans modification, aux matières commerciales, ces principes du droit civil, qu'un acte n'acquiert date certaine que par la mort d'un des signataires, par l'enregistrement, ou par l'énonciation dans un acte enregistré, parce que la célérité des transactions ne pourrait s'accommoder de ces formalités, et qu'il y a dans le commerce un sûr moyen de s'assurer de la véritable époque à laquelle une convention a été faite, c'est la constatation qui est faite par les livres (1).

« Quand l'article 109 du Code de commerce dit que « les achats et ventes se constatent par une facture « acceptée, par la correspondance, etc., disent MM. Bra- « vard et Demangeat (2), il indique bien que les élé- « ments de la convention, ce qui comprend notamment « la date, peuvent être prouvés (prouvés d'une manière « absolue, même à l'égard des tiers) par des écritures « qu'on n'a pas l'habitude de faire enregistrer ; or, si « la date apposée à une lettre ou à une facture est ré- « putée sincère, on ne comprend guère pourquoi il en « serait autrement de la date apposée à un acte sous « signature privée proprement dit. »

« Les prescriptions de l'article 1328, qui conduisent « à exiger l'enregistrement, sont contraires à l'esprit « des lois commerciales, disent MM. Lyon-Caen et

(1) Tome I, n° 246.

(2) Bravard et Demangeat, tome II, p. 456.

« Renault (1). Les livres des parties, lorsqu'il s'agit de « commerçants, peuvent servir à déjouer les fraudes « en vue desquelles cet article a été édicté. »

M. Massé, après avoir constaté que l'article 1328 n'est pas applicable en matière de commerce, observe que l'article 109, en permettant aux commerçants de donner date certaine à leurs conventions, et cela même vis-à-vis des tiers, sans les soumettre aux formalités de l'enregistrement, ne crée point un nouveau droit, car la plus ancienne pratique commerciale donne à la date des écritures émanant de marchands une présomption de certitude.

Casaregis disait aussi que les écritures des marchands sont présumées faites en temps non suspect, à moins qu'elles ne soient arguées de faux (2).

La jurisprudence est assez constante dans le sens de la doctrine. On peut citer un arrêt du 28 janvier 1834 qui décide que l'article 1328 n'est pas applicable au commerce : considérant que les relations qui ont existé entre les parties avaient pour objet des actes de commerce, et, par conséquent, que la contestation qui s'est élevée entre elles était régie par les principes commerciaux, principes d'après lesquels l'arrêt attaqué a pu, conformément à l'article 1341 du Code civil,

(1) Lyon-Caen et Renault, tome III, p. 52.

(2) Casaregis, disc. 10, nº 51 : « Scripturæ mercatorum præsumuntur confectæ tempore non suspecto, nisi arguantur de falso. »

et à l'article 109 du Code de commerce, écarter l'application de l'article 1328 du Code civil, article qui concerne spécialement les matières civiles (1).

On admet aussi l'action contre la communauté, des créanciers d'une femme qui faisait le commerce, bien que leurs titres n'aient pas de date certaine antérieure au mariage, et cela contrairement à l'article 1410 du Code civil qui prescrit que la communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte.

C'est qu'en effet le créancier ne saurait être forcé de justifier son droit, pendant la communauté, par d'autres preuves que celles qui lui étaient prescrites avant le mariage de sa débitrice (2).

Enfin, la cour de cassation reconnaît qu'en matière commerciale, il est loisible aux juges de s'assurer, même à l'égard des tiers, de la vérité de la date appo-

(1) Sirey, 1834, 1, 206.

(2) Comp. *Contrat de mariage*, par MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, n° 520.

Angers, 2 avril 1851, Sirey, 1851, 2, 529 ; Caen, 6 décembre 1858, Sirey, 1859, 2, 227 ; Paris, 10 juillet 1866, Sirey, 1867, 2, 42 ; Rennes, 28 mai 1867, Sirey, 1868, 2, 224 ; Poitiers, 26 février 1856, Sirey, 1856, 2, 594 ; Cass. civ., 6 juillet 1853, Sirey, 1854, 1, 33.

sée à un acte sous seing privé à l'aide des pièces, faits et circonstances de la cause, et de présomptions non établies par la loi (1).

OBSERVATION SUR L'ENREGISTREMENT

Ces exceptions ne sont pas les seules qui soient faites pour les actes commerciaux ; une faveur est accordée au commerce pour l'enregistrement.

Les actes publics doivent être enregistrés dans un délai assez court ; les actes sous seing privé relatifs à des immeubles, dans l'espace de trois mois ; et si, pour les autres actes sous seing privé, aucune limite n'est posée, du moins doivent-ils avoir été enregistrés avant qu'on en fasse usage dans un acte public ou en justice.

Dans le droit commercial il n'en est pas ainsi, la loi de 1859 ayant, pour les actes de commerce les plus fréquents, ventes commerciales, marchés de travaux, créé des règles tout particulièrement favorables.

La loi du 22 frimaire an VII exigeait dans les ventes soit civiles, soit commerciales, un droit de 2 0/0 (2) et

(1) Rej. 17 juillet 1837, et 14 décembre 1858.

(2) Les droits d'enregistrement se divisent en droits fixes perçus uniquement d'après la nature juridique de l'acte, sans tenir compte des valeurs qui y sont engagées, et en droits proportionnels perçus d'après le montant des valeurs engagées dans l'acte.

un autre droit de 1 0/0 dans les marchés de travaux, à propos de l'acte écrit qui les constatait. Ces droits, dans les matières commerciales où les transactions sont nombreuses et portent souvent sur des sommes considérables, finissaient par constituer une charge très lourde. Aussi tâchait-on de s'y soustraire le plus possible. Cela était d'ailleurs d'autant moins périlleux, qu'à la différence de ce qui se passe en droit civil, où l'article 1328 est en vigueur, les actes sous seing privé commerciaux n'ont pas besoin d'être enregistrés pour avoir date certaine vis-à-vis des tiers ; et quand on n'avait pas à les produire en justice, tout était pour le mieux. Lorsqu'on était obligé d'avoir recours à la justice, soit pour faire exécuter ces conventions, soit pour les interpréter, il fallait bien faire enregistrer, pour s'en servir, les actes qui les constataient.

Mais il y avait un autre moyen d'économiser ces frais, et il était souvent employé. Il consistait à invoquer devant le tribunal, non pas l'acte qui constatait la convention, mais une prétendue convention verbale ; et les juges se prêtaient volontiers à ce subterfuge, ne dédaignant pas de consulter l'acte lui-même, avant de rédiger leur jugement sur la portée du contrat verbal.

C'était le fisc qui y perdait, car il n'était perçu qu'un droit proportionnel au montant de la somme sur laquelle portait le jugement rendu. Ainsi, étant donné un prix de 20.000 fr. réclamé par le demandeur, si le jugement ne lui accordait que 10.000 fr., c'était sur ces

10.000 fr., et non sur la somme demandée, 20.000 fr., que se percevait le droit proportionnel.

Cette manière de faire était mauvaise : elle nuisait au trésor et conduisait à ce fâcheux résultat, qu'il valait mieux se soustraire aux obligations de la loi que s'y soumettre, puisqu'il y avait bénéfice à agir ainsi et autant de sécurité.

Sur les réclamations de plusieurs tribunaux, ce système fut remplacé par celui de la loi de 1859 : « Les marchés et traités réputés actes de commerce par les articles 632, 633 et 634 du Code de commerce, faits ou passés sous signature privée, et donnant lieu au droit proportionnel, suivant l'article 69, alinéa 3, n°1, et alinéa 5, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII, seront enregistrés provisoirement moyennant un droit fixe de 2 francs, et les autres droits fixes auxquels leurs dispositions peuvent donner ouverture d'après les lois en vigueur. Les droits proportionnels édictés par ledit article seront perçus lorsqu'un jugement portant condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, interviendra sur ces marchés ou traités, ou qu'un acte public sera fait ou rédigé en conséquence, mais seulement sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet, soit de la condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, soit des dispositions de l'acte public. »

Donc, les actes sous seing privé commerciaux sont soumis à un droit fixe ; et un droit proportionnel sera

dû également si un jugement a été rendu (mais seulement si un jugement a été rendu (1), à propos d'une vente ou d'un marché commerciaux, qu'il y ait eu ou non un acte dressé pour les constater. Ce droit proportionnel ne portera que sur la somme faisant l'objet de la condamnation, liquidation, collocation, reconnaissance, ou des dispositions de l'acte public, et non sur les valeurs énoncées ou réclamées par la partie.

La loi de 1859 avait décidé que le droit fixe serait de 2 francs ; la loi de 1874 qui a augmenté de moitié tous les droits fixes d'enregistrement l'a porté à 3 francs. Le droit proportionnel est de 1 ou 2 pour cent, avec les décimes en plus (2).

(1) Il ne peut donc en être question si les parties transigeaient avant que le jugement ait été rendu, et cela, quoique l'acte sous seing privé ait été produit en justice.

(2) Comp. Boitel, Lyon-Caen et Renault, Massé.

TROISIÈME PARTIE

DE L'ACTE ÉCRIT EXIGÉ EN MATIÈRE COMMERCIALE. — SA NATURE JURIDIQUE ET SES FORMES

La règle d'après laquelle, en matière commerciale, tous les modes de preuves, même la preuve par témoins et les présomptions de l'homme, sont admis, n'est pas absolue. La loi y apporte d'assez nombreuses exceptions. Certains contrats commerciaux doivent être écrits.

Parmi ceux-ci on peut citer : la lettre de change (article 110), le billet à ordre (article 187), le chèque, les sociétés autres que celles en participation (articles 39, 41, 49 du Code de commerce, loi du 24 juillet 1867), la vente d'un navire (article 195), l'affrètement ou nolisement (article 273), l'assurance maritime (article 332).

La loi commerciale est même plus rigoureuse que la loi civile, en ces sortes d'affaires, car elle proscrit la preuve par témoins et présomptions de l'homme,

même quand il s'agit d'une somme ou d'une valeur n'excédant pas 150 francs, ce qui, en pratique, ne se présente pas souvent.

On peut donner deux bonnes raisons pour expliquer ces exigences, très exceptionnelles en droit commercial, au moins pour quelques-uns de ces contrats.

Les contrats maritimes, par exemple, ne se renouvellent pas en général très souvent pour la même personne, et ne se concluent qu'après de longs pourparlers ; la nécessité de leur constatation par écrit ne nuit donc pas à la célérité qu'exige l'intérêt du commerce.

Enfin, parmi ces contrats, il y en a qui renferment des clauses très compliquées ; et de nombreuses difficultés de mémoire et d'appréciation sont prévenues par la nécessité de l'écrit.

A propos de chacun de ces contrats, il y a lieu d'examiner quelle est la portée exacte de la disposition qui exige un écrit, ce qui comprend principalement les trois questions suivantes :

L'écrit est-il exigé *ad solemnitatem*, ou *ad probationem ?*

Pour cet écrit exigé, faut-il revenir aux formalités du droit civil ?

Les cas dans lesquels le législateur exige un écrit sont-ils les seuls où cet écrit soit nécessaire ?

CHAPITRE PREMIER

QUAND L'ÉCRIT EST EXIGÉ PAR LA LOI, L'EST-IL *ad solemnitatem*, OU *ad probationem ?*

SECTION PREMIÈRE

Il faut d'abord poser cette question par rapport à la lettre de change, au billet à ordre, et à l'acceptation et endossement qui s'y réfèrent.

L'article 110 du Code de commerce énumère les différentes indications que doit contenir la lettre de change, acte écrit, par suite, et acte solennel, car le Code n'eût pas énoncé avec tant de soin toutes les formalités qu'elle réclame, si ce n'eût été l'intention du législateur d'exiger cet acte *ad solemnitatem*.

C'est un acte écrit ; cela résulte de son nom même, de la coutume... Cela découle de l'article 110 du Code de commerce qui énumère les mentions que doit contenir la lettre de change. Comment pourrait-elle, si elle n'était pas écrite, *énoncer* la somme à payer, le nom de celui qui doit payer, l'époque et le lieu du paiement ? Non écrite, comment serait-elle datée ?

Non écrite, comment *exprimerait-elle* si elle est par première, seconde, troisième ?

Les articles qui donnent le moyen de suppléer à la lettre de change lorsqu'elle est perdue, prouvent bien par leur contexte qu'elle doit être écrite.

En effet, comment pourrait-on *perdre* une lettre de change non écrite ? (Article 150 du Code de commerce.) Comment la lettre de change perdue aurait-elle pu être *revêtue* de l'acceptation si elle n'avait pas été écrite ? (Article 151.) Enfin parlerait-on de *représenter* la lettre de change si elle n'était pas écrite ? (Article 152.)

D'ailleurs on ne peut se figurer une *lettre* de change non écrite.

Et puis, comment une lettre de change, destinée à passer de main en main, pourrait-elle être verbale, par exemple ? La lettre de change, en général, circule ; quelle garantie aurait-on de son exactitude ?

Il faut donc reconnaître que la lettre de change doit être écrite. C'est même un acte écrit à forme solennelle : la loi mentionne d'une façon trop complète toutes les indications qu'elle doit contenir, pour qu'on puisse supposer qu'elle ne les exige pas à peine de nullité.

Il ne peut même être question de prouver par témoins une lettre de change irrégulièrement faite ; si elle est irrégulière, elle est nulle. On ne pourrait pas *a fortiori* prouver par témoins qu'une lettre de change a été faite de vive voix, quand elle aurait été faite entre

commerçants. Certainement, il est toujours permis de prouver que quelqu'un a promis à telle personne de lui payer une somme, à telle date, en tel lieu ; mais cette promesse ne peut constituer une lettre de change (1).

La lettre de change est acceptée ou refusée. Si elle est refusée, le refus d'acceptation est constaté par un acte que l'on nomme protêt faute d'acceptation (2).

Si elle est acceptée, elle doit l'être conformément à l'article 122 du Code de commerce.

Aux termes de cet article, l'acceptation d'une lettre de change doit être signée et exprimée par le mot *accepté*.

L'acceptation doit donc être faite par écrit, car autrement elle ne pourrait être ni *exprimée*, ni *datée*.

L'écrit est exigé ; il est exigé *ad solemnitatem :* il est facile de voir que la loi demande l'écrit comme condi-

(1) « La lettre de change doit être écrite, et cela par définition. » (Boitel, n° 718.)

« La lettre de change doit nécessairement être écrite, pour être conforme aux prescriptions du Code de commerce. » (Alauzet, 3e édition, tome IV, *Code de Commerce*.)

« La lettre de change diffère du contrat de change en ce qu'elle est un acte solennel qui exige comme condition indispensable, non seulement l'écriture, mais encore les énonciations sans lesquelles elle ne saurait exister. Sa validité dépend de conditions de forme. » (Bravard et Demangeat, 2e édition, tome III.)

« La lettre de change est un acte solennel ; c'est un écrit qui doit contenir certaines mentions déterminées par la loi. Il y a donc, de la part du législateur, des exigences qui touchent à la forme. » (Lyon-Caen et Renault, tome IV, p. 50.)

(2) Article 119 du Code de commerce.

tion essentielle de l'acceptation : « L'*acceptation est exprimée* par le mot *accepté* » ; cette manière de dire laisse entendre que l'acceptation est toujours exprimée ou n'existe pas ; *elle est exprimée* ou *elle n'est pas*.

Et puis la loi entre dans des détails : l'acceptation est *signée, datée, exprimée par le mot accepté ;* il y a là des conditions de forme comme pour la lettre de change. L'acceptation est donc un acte à forme solennel.

D'où cette conclusion : dans l'acceptation, l'écrit est *essentiel ;* il est exigé *ad solemnitatem*.

L'acceptation ne peut donc pas être verbale comme autrefois.

Aux foires de Lyon, en effet, suivant les usages établis par une ordonnance de Barcelone, du XIV^e^ siècle, c'était de vive voix que se traitaient les acceptations.

A l'heure indiquée, tous les commerçants se réunissaient et se communiquaient les lettres de change qu'ils avaient les uns sur les autres. Chacun s'expliquait sur l'accueil qu'il entendait faire à celles qui lui seraient présentées. Mention en était faite aussitôt par le commerçant sur son carnet, ou vingt-quatre heures données aux hésitants pour réfléchir (1).

On vient de voir que cette façon d'accepter ne peut cadrer avec les termes employés par la loi actuelle.

L'acceptation ne peut pas davantage être tacite.

Un acte écrit et rédigé dans une certaine forme et

(1) V. Ferrières, *Dictionnaire de droit : acceptation*, tome I, p. 16.

suivant certaines conditions, étant nécessaire, comment pourrait-on invoquer un consentement tacite ?

Ce consentement tacite, même prouvé, ne signifierait rien, il n'est pas suffisant pour constituer l'acceptation.

Presque tous les anciens auteurs avaient admis que le silence du tiré après la réception de la lettre de change, devait être interprété comme une acceptation.

Il y a sur ce point une observation à faire : le silence du tiré, dans le cas où, ayant reçu la lettre, et l'ayant conservée quelque temps sans la refuser, il ne l'a pas acceptée effectivement, ne peut équivaloir à une acceptation, mais peut faire produire les effets d'une acceptation. Cette conséquence n'est pas basée sur le silence du tiré, mais sur le dol qui peut en résulter.

C'était l'avis de Pothier qui disait : « S'il paraissait « du dol de celui sur qui la lettre de change est tirée, « qui aurait exprès amusé longtemps le porteur, sur le « faux prétexte qu'il a adiré la lettre, afin de l'em- « pêcher de se pourvoir contre le tireur, pour se faire « par lui donner caution faute d'acceptation, et que « pendant ce temps le tireur eût fait banqueroute, celui « sur qui la lettre est tirée, qui a amusé le porteur, « est tenu de l'acquitter comme s'il l'eût acceptée ; « mais cette obligation ne naît pas d'une acceptation, « n'y en ayant pas eu, mais de son dol (1). »

Il n'y a donc pas là d'acceptation tacite, mais une

(1) Pothier, *Contrat de change*, 46.

obligation naissant comme d'une acceptation, et cela à cause du dol. Celui qui se tait est condamné à réparer le dommage qui résulte de son silence.

Aujourd'hui, sous l'empire de l'article 122 du Code de commerce qui demande que l'acceptation soit signée, datée, exprimée par le mot *accepté*, c'est-à-dire écrite, il ne peut être question d'acceptation tacite.

Mais cette acceptation, qui ne peut être qu'écrite, doit-elle être faite sur la lettre de change elle-même, ou peut-elle l'être par acte séparé?

Certains auteurs disent que nulle loi ne défendant d'accepter la lettre de change par acte séparé, on peut parfaitement le faire dans une lettre missive par exemple; d'ailleurs cette pratique n'aurait rien d'étrange, puisque l'aval peut bien exister sous cette forme. Mais, tout en admettant cette manière de faire en théorie, ils la déconseillent en pratique, car cette acceptation devant circuler avec la lettre de change constituera une gêne pour les transactions. Puis, dans une lettre les termes ne sont pas toujours très précis; dans un acte séparé quelconque il peut y avoir une omission, une tournure de phrase ambiguë : tout cela peut laisser naître une difficulté sur le fait de savoir à quelle lettre de change s'applique cette acceptation.

D'autres auteurs s'appuient sur ce que nul texte n'ordonne d'accepter sur la lettre elle-même pour permettre de le faire par acte séparé.

Nulle loi ne le défend, disent les premiers; on peut

leur répondre : nulle loi ne le permet, et le législateur qui a bien su dire qu'il l'admettait pour l'aval, garde ici un silence significatif.

Nul texte n'ordonne d'accepter sur la lettre de change, disent les seconds ; nul texte ne l'ordonne expressément, mais il est facile de se convaincre que l'esprit de la loi est d'exiger l'acceptation sur la lettre elle-même.

La loi le suppose même dans ses termes : en effet, elle dit que l'acceptation s'exprime par le mot *accepté*, la signature et la date. Si elle devait être faite par acte séparé, il y aurait d'autres formalités prescrites, d'autres énonciations exigées. Que voudrait dire ce seul mot : *accepté*, sur une feuille de papier ? Quelle lettre de change serait acceptée ? Quelle chose même serait acceptée ? On ne pourrait le savoir.

Sur la lettre de change, au contraire, ce mot suffit. Ce qui est accepté, c'est tout ce qui précède, c'est-à-dire toutes les énonciations de la lettre de change elle-même.

Puis l'article 125 du Code de commerce ajoute : « La lettre de change doit être rendue acceptée... » Il semble bien que c'est la lettre de change, matériellement parlant, qui est *rendue acceptée* (1).

Il faut donc dire avec la cour de cassation (2) : qu'il

(1) En ce sens Massé, Bravard et Demangeat, Lyon-Caen et Renault.

(2) Cour de cassation, 4 juillet 1843.

résulte des articles 122 et 125 du Code de commerce que l'acceptation doit être signée, et qu'elle est exprimée sur la lettre elle-même par le mot accepté, que ce mode d'acceptation est prescrit dans l'intérêt du commerce et du contrat de change, pour éviter toutes difficultés entre le tiré et les tiers porteurs, ainsi que les retards qui en seraient la conséquence.

Il est à remarquer que celui qui s'engagerait à payer une lettre de change, par acte séparé, s'obligerait réellement; mais ce ne serait pas par *acceptation ;* ce serait par une convention ordinaire (1).

Il y a peu de chose à dire du billet à ordre assimilé, sur bien des points, à la lettre de change par le Code de commerce.

Pour lui aussi, l'écrit est indispensable et *ad solemnitatem.*

L'écrit est si bien de l'essence du billet à ordre que MM. Lyon-Caen et Renault, le définissant, disent : « C'est *l'écrit* par lequel une personne appelée sous-« cripteur s'oblige à payer une somme d'argent à une « autre personne appelée bénéficiaire du billet, ou à « son ordre. »

Ces auteurs ajoutent : « Comme la lettre de change, « le billet à ordre est un *acte solennel.* La loi indique « les mentions que doit contenir un écrit pour produire « les effets spéciaux attachés au billet à ordre. »

(1) La même remarque est à faire dans le cas d'acceptation verbale.

L'endossement est aussi un contrat pour lequel l'écrit est exigé *ad solemnitatem*.

Ses formes sont décrites par l'article 137 du Code de commerce. S'il n'est pas rédigé conformément aux prescriptions de cet article, il n'existe pas (1).

On peut donc dire que ces formes sont de l'essence même de l'endossement, et avec MM. Lyon-Caen et Renault : « L'écriture est de l'essence même de l'en-« dossement, comme de la lettre elle-même. »

« L'endossement doit être *écrit* sur le titre, et habi-« tuellement au dos, comme son nom l'indique (2). »

SECTION DEUXIÈME

Dans les cas examinés plus haut, l'écrit est donc exigé par la loi *ad solemnitatem*. En est-il de même pour la société ?

L'article 1834 du Code civil dit : « Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs. » Mais cet article n'a pas pour but de faire de l'écriture une condition essentielle de la validité du contrat, ni une preuve indispensable de son existence ; il a pour but seule-

(1) Article 138 du Code de commerce.

(2) Voyez Boistel, Lyon-Caen et Renault, Nouguier. — « Quia dorso inscribi solet. » (Heineccius).

ment de proscrire les anciennes sociétés tacites ou *taisibles* du vieux droit français.

Il laisse les sociétés civiles sous l'empire des règles du droit commun, c'est-à-dire les soumet aux formalités exigées par l'article 1341, comme les autres contrats ; en l'absence d'un acte écrit, elles pourront donc être prouvées par témoins, ou par les présomptions dans les cas où le droit commun le permet. — Les auteurs, pour les sociétés civiles, admettent que la loi n'exige pas un acte authentique, ni même sous seing privé, mais n'importe quel écrit, par exemple la correspondance.

Il n'y a donc pas là de forme solennelle.

Pour les sociétés commerciales en est-il de même ?

Il faut exclure d'abord la société en participation, qui peut aussi être prouvée par les livres, la correspondance et les témoins si le tribunal l'admet (1).

Les autres sociétés doivent être constatées par écrit, et nulle preuve par témoins n'est admise contre et outre le contenu de l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 francs.

Cette nécessité d'un écrit paraît avoir été consacrée pour la première fois par l'ordonnance de 1673 dont

(1) Article 49 du Code de commerce.

Cette exception tient à ce que cette société s'appliquant d'ordinaire à une opération déterminée n'est pas permanente de sa nature, et à ce qu'elle n'est pas une personne morale, dont l'existence doive être prouvée par un acte spécial. Voir Locré, tome XIV.

l'article 1er, titre IV, dispose : « Toute société générale ou en commandite sera rédigée par écrit, ou par-devant notaire, ou sous signature privée, et ne sera reçue aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit, avant, lors, ou depuis l'acte, encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent livres. »

Les articles 39 et 41 du Code de commerce reproduisent cette disposition (1), et soumettent ce contrat écrit à la formalité de la publicité.

Ces conditions, jointes à l'exclusion de la preuve par témoins, ont fait naître une question délicate. On a prétendu que l'obligation de l'écrit transformait, dans une certaine mesure, ce contrat en contrat solennel. L'article 39 du Code de commerce, a-t-on dit, fait de l'écrit une condition essentielle, et, d'ailleurs, bien compréhensible quand on songe qu'il s'agit de créer une personne morale.

Cette opinion n'est pas soutenable : en effet, les tiers sont admis à prouver l'existence de la société par tous les moyens.

Toutes les preuves doivent être mises à leur disposition, la jurisprudence et les auteurs l'admettent unanimement, et c'est la solution que l'ordonnance du commerce avait fait prévaloir. Notre

(1) Un écrit est aussi exigé par les lois belge, hollandaise, italienne, roumaine, portugaise.

droit actuel ne pouvait logiquement la repousser.

Cette opinion est d'ailleurs bien équitable quand on songe que c'est aux associés que la loi ordonne de faire constater leur convention par écrit, et que s'ils n'obéissent pas à cette injonction, il serait bizarre de punir les tiers pour une infraction qu'ils n'auraient pas commise.

Lorsque la loi exige la preuve littérale, cette obligation pour les parties de la choisir ne se conçoit pas si elles n'ont pas là possibilité de le faire.

Et c'est justement ce qui se passe dans le cas de société. Les tiers qui ont contracté avec une société ne sont pas intervenus au moment de sa fondation, ils n'ont donc pas pu demander qu'elle fût constatée par écrit : il ne peut être question de les rendre responsables d'une infraction qu'il n'était pas en leur pouvoir d'empêcher. Aussi, lorsqu'ils se prévaudront de l'existence de cette société, ils devront pouvoir la prouver par tous les moyens que leur offre le droit commercial, par témoins et par simples présomptions, même, si le tribunal y consent.

Les associés ne pourraient leur opposer la nullité de la société, sous prétexte qu'il n'y a pas eu d'acte rédigé, car c'est une nullité opposable par les tiers aux associés, mais qui ne peut pas être opposée aux tiers par ces derniers (1).

(1) « Il faut remarquer que l'acte écrit étant exigé surtout dans l'in-
« térêt des tiers, l'absence de cet acte ne peut leur préjudicier, en ce

Les tiers pouvant prouver par tous les moyens, l'acte écrit n'est pas exigé *ad solemnitatem* vis-à-vis d'eux.

Dans les rapports des sociétaires entre eux, il en est ainsi, quoi qu'en aient dit certains auteurs.

Ils prétendent que l'écrit, entre les parties, est exigé *ad solemnitatem*, non *ad probationem*, et déduisent cela de ce que, sans écrit, il ne peut y avoir de publicité, telle qu'elle est prescrite par la loi (1).

Mais la publicité et la solennité de l'acte forment deux questions distinctes.

D'ailleurs cette opinion les force d'admettre des distinctions qui sont des arguments contre leur thèse.

Ils veulent bien qu'aucune autre preuve que l'écrit ne puisse prouver l'existence actuelle de la société, ni constater l'obligation qui en résulte pour le présent et l'avenir; mais tous les moyens de preuve leur semblent bons pour le passé.

« sens qu'ils sont toujours recevables à prouver, par toutes sortes de « moyens, et notamment par témoins, le fait d'une société non consta- « tée par écrit, et dont les associés nieraient l'existence; en d'autres « termes, le défaut d'un acte constitutif de la société ne peut être op- « posé aux tiers par les associés. » (Massé, tome IV, n° 2551.)

« Les tiers qui ont intérêt à se prévaloir de l'existence de la société « peuvent l'établir par tous les moyens; ils ne doivent pas souffrir de « la négligence des associés. Nous déduisons logiquement cette solu- « tion de ce que, pour nous, l'article 39 pose une règle de preuve « analogue à celle des articles 1834 et 1341 du Code civil. » (Lyon-Caen et Renault, tome II, n° 173.)

(1) Art. 42 du Code de commerce ; art. 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867.

Il serait injuste, pensent-ils, de laisser tous les bénéfices à celui qui se trouve les avoir entre les mains; l'omission de l'écrit étant imputable à toutes les parties, elles doivent toutes supporter les conséquences de la faute commune.

La loi qui peut bien faire qu'une société soit nulle si elle n'a pas été régulièrement constatée par écrit, ne peut pas faire qu'elle n'ait pas existé. Des mises ont été faites qui appartiennent à quelqu'un, les profits et les pertes doivent être partagés. La nullité peut avoir effet dans l'avenir, mais elle doit respecter le passé ; et les faits accomplis ayant un caractère commercial peuvent être prouvés par témoins, selon la loi commerciale.

Il est impossible d'admettre ces raisonnements. En effet, comment un acte nul parce qu'une condition essentielle n'a pas été observée, peut-il être invoqué et prouvé par tous les moyens à raison des conséquences que produirait son inexistence ? Ce système intermédiaire ne peut être admis sans un texte, quelle que soit l'intention qui porte à le préférer. Il faut choisir entre la nullité et la validité, selon qu'on croit l'écrit exigé *ad solemnitatem*, ou *ad probationem*. Or, si l'écrit est exigé entre les parties, on ne doit pas en conclure que la société est un acte solennel : il ne faut pas admettre si facilement la solennité d'un acte, surtout en matière commerciale où il est déjà rare qu'un écrit soit exigé.

Cela est conforme à l'ordonnance de 1673, ori-

gine de l'article 39, qui considérait qu'il y avait seulement, pour les sociétés, une application des règles restrictives de la preuve par témoins consacrées par les anciennes ordonnances.

Ce n'est donc que dans le cas où les associés veulent prouver l'existence de la société vis-à-vis des tiers, que l'on pourrait dire que l'acte écrit est exigé *ad solemnitatem*, puisqu'ils ne peuvent la prouver que par cet écrit. MM. Lyon-Caen et Renault disent à ce sujet : « Les associés à défaut d'écrit ne peuvent invoquer une autre « preuve contre les tiers. Par exemple, ils ne pourraient « écarter le créancier personnel de l'un d'entre eux « qui saisirait un immeuble de son débiteur, en offrant « de prouver que cet immeuble a été apporté par lui à « la société (1). »

La vraie doctrine sur ce point est, en effet, que les tiers peuvent toujours opposer aux associés la nullité de la société qu'ils n'ont pas fait constater par écrit, et que ces associés ne peuvent jamais prouver, ni par témoins, ni par présomptions, vis-à-vis des tiers, leur société s'ils ne se sont pas soumis aux exigences de la loi.

Mais l'acte écrit ne peut être *ad solemnitatem* dans ce cas, *ad probationem* dans l'autre ; il faut donc proclamer qu'il n'est exigé que comme moyen de preuve dans les sociétés.

(1) Lyon-Caen et Renault, tome II, n° 173.

En résumé, on ne peut établir l'existence d'une société commerciale, à l'égard des tiers, que par un acte écrit ; mais les tiers peuvent la prouver à l'encontre des associés par toute sorte de preuves, et spécialement par témoins ; et les associés peuvent recourir à la preuve testimoniale, comme à tout autre mode de preuve admis par le Code de commerce, pour en prouver vis-à-vis d'eux-mêmes l'existence et les conditions. Si elle peut être prouvée, c'est qu'elle existe, quoique non constatée par un acte écrit : l'acte écrit n'est donc pas exigé *ad solemnitatem* (1).

SECTION TROISIÈME

Le Code de commerce a prescrit l'emploi de l'écriture pour les contrats maritimes, tels que la vente volontaire des navires (article 195), l'affrètement (article 273), les assurances (article 332) et les contrats à la grosse aventure (article 311).

Au sujet de cette exigence de la loi, deux points sont à étudier :

1° Ces contrats doivent-ils nécessairement être rédigés par écrit, ou bien peuvent-ils exister, et être

(1) Voyez Lyon-Caen et Renault, tome II ; Pont, *Commentaire du Code de commerce*, tome VII (*bis*) ; Massé, tome IV.

exécutés sans cela; c'est-à-dire l'écrit est-il exigé *ad solemnitatem,* ou *ad probationem ?*

2° S'ils peuvent se former et s'exécuter sans écrit, comment pourra-t-on les prouver ? Sera ce conformément aux principes du droit commun en matière de preuve : par témoins jusqu'à 150 francs; par témoins et commencement de preuve par écrit, à partir de cette somme ?

Enfin, il faut aussi examiner quelle est l'étendue de ce terme : *par écrit.*

Le Code n'ayant pas dit formellement dans quel but cet écrit était exigé, le doute auquel a plus ou moins prêté sa rédaction a fait naître une controverse, une divergence de vue telle qu'aucune matière de droit n'en offre peut-être de plus grande.

Parmi les auteurs, les uns ont nié que dans l'esprit de la loi, comme dans la réalité, les contrats maritimes puissent exister sans un acte écrit, et les ont considérés, dans ce cas, comme nuls et non avenus. D'autres ont soutenu que si la loi prescrivait l'écriture, c'était non comme substantielle à ces contrats, mais seulement pour la preuve du contrat qui serait dénié : *non ad solemnitatem, sed ad probationem.*

Cette opinion a prévalu, et la majorité des auteurs l'a adoptée, enseignant que l'écriture n'est requise en ces sortes de contrats que pour les prouver (1).

(1) C'est l'avis de M. Dufour, *Droit maritime,* tome II, p. 488 :

MM. Lyon-Caen et Renault la soutiennent à propos de l'affrètement : « Pour l'affrètement, *comme pour tous* « *les contrats maritimes*, le Code de commerce exige un « écrit. Aux termes de l'article 273, toute convention « pour le louage d'un vaisseau, appelée charte-partie, « affrètement, ou nolisement, doit être rédigée par « écrit. Cet écrit peut être un acte sous seing privé, « ou un acte authentique, par cela même qu'à cet « égard aucune disposition légale ne restreint la « liberté des parties. Il ne résulte nullement de là « que l'affrètement soit un contrat solennel ; à défaut « d'écrit, le contrat n'en serait pas moins valable (1). »

Valin avait dit déjà, au sujet de l'ordonnance de 1681, que c'était uniquement pour la sûreté des parties que les polices d'affrètement ou de chargement doivent être rédigées par écrit, et qu'il n'était pas douteux que la convention ne fût aussi bien valable, étant faite verbalement, que par écrit.

L'assurance maritime fait écrire à M. Cresp (2) : « Les « uns ont nié que, dans le sens légal comme dans la « pratique, il puisse, sans un acte écrit, exister une « assurance ; à défaut d'écrit, ont-ils dit, le contrat

« Comme on l'a fait remarquer avec raison, l'écriture n'est ici exigée « que pour la preuve du contrat, et non comme une solennité essen- « tielle à sa validité : *ad probationem tantum, non ad solemnita-* « *tem.* »

(1) Lyon-Caen et Renault, V, page 431.

(2) Cresp, *Droit maritime*, III, p. 219.

« est nul et comme non avenu. D'autres ont, au con-
« traire, prétendu que, si la loi prescrivait l'écriture,
« c'était non comme substantielle à l'assurance, mais
« seulement pour la preuve du contrat qui serait
« dénié. Cette dernière opinion est, il faut le dire,
« celle qui, en France du moins, et de nos jours sur-
« tout, a fini par être préférée par la majorité des au-
« teurs, et la jurisprudence semble incliner dans cette
« direction. L'opinion la plus répandue a donc été, et
« est encore chez nous, que l'écriture n'est requise,
« en matière d'assurance, que pour servir à la prou-
« ver en cas de besoin. »

Pour le contrat à la grosse aventure, il professe la même idée.

Enfin pour la vente volontaire des navires, MM. Lyon-Caen et Renault pensent que l'écrit n'est pas exigé *ad solemnitatem*, c'est-à-dire pour la validité de cette opération, mais pour la preuve. Il y a donc là seulement une dérogation aux principes généraux du droit commercial, d'après lesquels la vente d'un navire étant un acte de commerce devrait être prouvée par tous les moyens (1).

Pour quelles raisons le législateur a-t-il modifié la loi commerciale ?

C'est, cette fois encore, pour assurer la rapidité des transactions commerciales. Ainsi quand ordinairement

(1) Lyon-Caen et Renault, tome V, n° 107.

on supprime l'acte écrit pour gagner du temps, ici on le rétablit pour n'en pas perdre : c'est toujours la célérité nécessaire au commerce qui est l'objectif des lois commerciales.

En effet, tout autre moyen de preuve, et surtout la preuve testimoniale, peut donner lieu à des contestations. Pendant ces contestations et les procès qui peuvent en découler, le commerce se trouverait ralenti.

Que ce soit un procès relatif à la vente d'un navire qui n'est pas prouvée par écrit : pendant toute sa durée, tant qu'on ne sera pas fixé sur le point de savoir à qui la propriété de ce navire doit être attribuée, il ne pourra naviguer, et les intérêts du commerce souffriront d'un pareil état de choses.

Les mêmes raisons sont bonnes pour l'affrètement, le connaissement ; toute contestation sur ces contrats peut donner lieu à des retards considérables, et très préjudiciables aux intérêts du commerce.

On peut donner d'autres raisons de la modification apportée par la loi aux règles de la preuve commerciale.

Les transactions du commerce de mer ont généralement un caractère aléatoire, qui tient aux hasards de la navigation. Il était bon qu'elles eussent une précision et une fixité qu'on ne peut attendre que de l'écriture. Elles intéressent d'ailleurs non seulement les parties, mais une foule d'autres personnes, pour

lesquelles cette précision et cette fixité sont des conditions essentielles de sécurité. Enfin l'intérêt public lui-même y est intéressé, car il s'agit là de la police et de la prospérité de la navigation, et cela touche à la prospérité publique.

Si tous les auteurs sont d'accord sur ce point que l'écrit exigé par la loi dans les contrats maritimes ne tient pas à l'essence de ces actes, la jurisprudence n'est pas toujours de leur avis.

Ainsi le tribunal de commerce de Marseille a jugé plusieurs fois contrairement à la doctrine ; le tribunal de commerce de Nantes partage la même manière de voir.

Celui de Bordeaux a adopté une jurisprudence conforme à l'enseignement des auteurs.

Mais si les auteurs sont unanimes en ce sens, il est un point sur lequel ils se séparent complètement. Ce point, c'est la réponse à faire à la deuxième question posée plus haut : comment peut-on prouver les contrats maritimes formés sans écrits ? Ils sont valables, a-t-on dit : comment les prouvera-t-on? sera-ce par témoins ? Ou bien l'écrit est-il indispensable ? et, dans ce dernier cas, quel pourra être cet écrit ?

Valin, pensant qu'à défaut d'acte écrit on retombait sous l'empire du droit commun civil, admettait la preuve testimoniale jusqu'à 150 francs, et cette même preuve, avec un commencement de preuve par écrit à partir de cette somme.

Quelques auteurs modernes (1) se sont prononcés dans le même sens, et ont décidé qu'il fallait appliquer l'article 1341 du Code civil.

La majorité ne soutient point cette opinion.

En effet, la loi civile a eu soin de dire qu'elle ne statuait que pour les matières civiles l'article 1341 ; lui-même excepte formellement de sa règle les prescriptions du commerce.

La loi commerciale, au contraire de la loi civile, admet pour tous les contrats, indépendamment de la preuve par écrit, la preuve par témoin d'une façon illimitée, et surtout sans limitation à un taux quelconque dans la valeur des opérations.

Il n'y a donc pas lieu, soit dit en passant, de s'occuper du plus ou moins de 150 francs, pour l'admission de la preuve par témoin en matière commerciale, comme l'ont fait Valin, de Valroger, etc.

La loi commerciale a fait une exception à sa règle générale : elle a demandé pour certains contrats une preuve par écrit ; elle pouvait tout aussi bien exiger la preuve par écrit, dans ce cas, qu'admettre la preuve par témoin dans l'autre ; mais par le fait même qu'ici elle demande la preuve écrite, elle repousse la preuve testimoniale, et cela sans exception pour le cas où la valeur en jeu est inférieure à 150 francs. On a vu plus

(1) Locré, Boulay-Paty, de Valroger.

haut que cette préoccupation n'existe pas chez le législateur commercial (1).

Le législateur a proscrit la preuve testimoniale d'une façon complète, parce qu'il a craint que les complications de cette preuve ne prolongeassent la durée des procès, au grand préjudice du commerce maritime.

Mais qu'a-t-il compris sous la dénomination d'*écrit ?* Pour la vente des navires et le prêt à la grosse, la question ne peut être posée, la loi s'est expliquée sur ce point. C'est l'acte notarié ou l'acte sous seing privé qui sont exigés.

Telle paraît bien être la doctrine de la cour de cassation. Voici, en effet, ce qu'on peut lire dans les motifs de son arrêt du 26 mai 1852 : « Si l'article 109 du Code de commerce porte que les achats et ventes en matière commerciale se prouvent, non seulement par actes authentiques, ou sous signature privée, mais encore par les livres et correspondance des parties, par bordereaux, factures ou même par témoins, l'article 195, spécial pour la vente des navires, ne reproduit pas ces derniers modes de preuve, et dispose que

(1) « Par cela même que le Code de commerce exige un écrit, sans « faire aucune distinction, on doit écarter la preuve par témoins, alors « même qu'il s'agit d'une somme n'excédant pas 150 francs, ou qu'il « y a un commencement de preuve par écrit. Des auteurs ont admis la « preuve testimoniale dans l'un de ces cas, ou même dans tous les « deux. Il y a là une solution arbitraire en présence du texte ab- « solu. » (Lyon-Caen et Renault, tome V, p. 432).

lesdites ventes *peuvent avoir lieu par acte authentique ou par acte sous seing privé.*

« On ne peut considérer ces expressions comme énonciatives ; l'intention du législateur de leur attribuer, au contraire, un sens limitatif résulte manifestement des diverses autres dispositions de loi relatives à ce genre de transmission de propriété, et notamment de l'article 226 du même Code qui exige que le capitaine soit nanti en voyage, entre autres pièces, des actes de propriété du navire, ce qui exclut toute autre constatation que celle d'un acte public ou privé. En conséquence, l'arrêt attaqué a été fondé, dans l'espèce, à juger que les conventions ci-dessus rappelées n'avaient pas le caractère et les effets de ventes régulières de navire, n'ayant été constatées ni par actes authentiques, ni par actes sous signatures privées, et qu'il n'avait pu en résulter que des créances au profit des demandeurs... »

Une autre preuve peut résulter de l'article 195. Il exigeait d'abord un acte authentique. Quelques tribunaux ayant adressé des réclamations, on le modifia. Ce ne fut pas pour embrasser un autre système, mais pour ajouter limitativement à l'acte authentique, l'acte sous signatures privées. Le législateur s'est donc borné à reproduire les deux premiers paragraphes de l'article 109 : « Les achats et ventes se constatent :

« 1° Par actes publics ;

« 2° Par actes sous signatures privées... »

S'il avait entendu parler de la correspondance, des livres, des factures, ou de quelque autre mode de preuve mentionné dans un autre paragraphe de cet article, il l'aurait ajouté.

Le doute ne peut exister que pour l'assurance et le louage des navires.

Dans ces deux cas, en effet, le Code ne demande qu'un écrit, sans spécifier davantage la portée de sa prescription. Aussi certains auteurs en ont-ils conclu que la preuve pouvait être faite par les livres de commerce, les factures et la correspondance.

Cette opinion doit être rejetée. Le Code de commerce ayant, pour de hauts motifs d'intérêt public ou privé, dérogé dans ces cas à l'article 109, le mot *écrit* doit être pris dans le sens restreint d'actes public ou sous signature privée.

On ne pourrait donc pas admettre les livres de commerce ni la correspondance, à moins qu'on n'y puisse trouver un aveu, ce qui n'est pas rare (1).

C'est qu'en effet l'aveu de la partie peut servir de preuve, s'il n'y a pas d'écrit. Sur ce point les auteurs sont d'accord en général. Il est évident que l'on ne

(1) C'est l'enseignement de MM. Lyon-Caen et Renault à propos de l'article 273 : « Des auteurs admettent à la fois comme moyen de preuve « la correspondance et les livres du commerce Ils se fondent surtout « sur ce que l'article 273 du Code de commerce se borne à exiger que « l'affrètement soit rédigé par écrit, ce qui implique, disent-ils, l'ad- « mission de toute preuve écrite. D'autres admettent la preuve par la

peut trouver une meilleure preuve que l'aveu, et que devant l'aveu la preuve écrite devient inutile (1).

Le serment est aussi très admissible, car ce mode de preuve est de droit commun, et on ne pourrait, sans se mettre en opposition avec les nécessités les mieux constatées, refuser aux obligations commerciales rapidement conçues et exécutées, des moyens de preuve qu'on accorde aux obligations civiles dont on a tout le temps de constater la formation.

« correspondance et écartent la preuve par les livres de commerce. Ces « deux opinions doivent être écartées. Quand la loi exige un écrit, il « faut entendre, par là, un acte authentique ou un acte sous seing « privé, ce qui exclut les livres de commerce et la correspondance, à « moins évidemment qu'on ne puisse trouver, en celle-ci, un aveu, ce « qui est de nature à se présenter fréquemment. » (Lyon-Caen et Renault, tome V, p. 433.)

(1) « Puisqu'il n'est question que de prouver la convention, rien ne « remplit mieux le but que l'aveu de la partie. C'est la plus forte des « preuves, *fortissima probatio*. D'ailleurs l'aveu fait en justice engendre « un contrat judiciaire qui est lui-même constaté par écrit, ce qui rem- « plit à la lettre la condition de notre article. » (Dufour, *Droit mari- « time*, tome II, n° 488.)

CHAPITRE DEUXIÈME

QUAND L'ÉCRIT EST EXIGÉ PAR LA LOI ; FAUT-IL REVENIR AUX FORMALITÉS DU DROIT CIVIL ?

Cette nécessité de l'écrit dans les contrats maritimes a fait naître un doute ; les articles 1325, 1326, 1328 du Code civil, qui sont étrangers aux contrats commerciaux, pour lesquels la preuve par écrit n'est pas exigée, doivent-ils aussi être écartés quand le Code de commerce ordonne de dresser un écrit ?

La loi a mis fin à ce doute en ce qui concerne la formalité des doubles, au sujet des sociétés commerciales.

L'article 39 du Code de commerce ordonne de se conformer à cette formalité pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple ; les articles 1 et 21 de la loi du 24 juillet 1867 l'excluent au contraire pour les sociétés soit en commandite par actions, soit anonymes.

Pour les connaissements la loi s'est aussi prononcée, et a exigé quatre exemplaires (article 282 du Code de commerce). Mais aucune disposition légale ne résout cette question des doubles, relativement aux autres contrats ; nul texte ne parle non plus de l'application des articles 1326 et 1328.

Cependant il semble qu'un article tirant ces contrats de la classe des actes de commerce ordinaires, à l'égard desquels aucun écrit n'est nécessaire et les ramenant ainsi au droit commun pour leur rédaction, les dispositions générales sur la preuve par écrit leur deviennent applicables.

« Dès l'instant où la loi exige un écrit pour la constatation d'une opération commerciale, elle reconnaît « qu'il n'y a pas lieu de déroger aux règles du droit « civil, en ce qui concerne cette opération ; une telle « disposition de la loi commerciale contient un renvoi « implicite aux articles 1325, 1326 et 1328 du Code « civil (1). »

Cette question, qui paraît ainsi résolue sans contestation possible, est cependant l'objet d'une très vive controverse. En effet, quelques auteurs y répondent en

(1) Lyon-Caen et Renault, tome III, p. 54.

M. Desjardins, *Droit maritime*, tome I, p. 156, n° 73, dit aussi : « Quand le législateur, dérogeant à la règle du droit commercial, exige « un écrit, l'article 1325 reprend son empire. »

Et M. Alauzet (tome II, p. 544) : « Si une disposition de la loi commerciale même exige positivement un acte écrit, comme dans le « contrat de société, par exemple, il est évident que l'article 109 cesse « de pouvoir être invoqué, et les dispositions des articles 1325 et 1328 « du Code Napoléon sont applicables. Il ne peut y avoir difficulté à cet « égard. »

Enfin M. Massé (tome IV, n° 2414) ajoute : « En matière commerciale il y a plusieurs espèces de contrats synallagmatiques et des « plus importants, qui doivent incontestablement être faits en autant « d'originaux qu'il y a de parties intéressées. Ainsi l'acte sous seing « privé qui constate une société en nom collectif ou en commandite

disant que les contrats dont il s'agit sont tout commerciaux, et que, par suite, il est impossible de leur appliquer le droit civil.

Si le droit civil devait les régir, il n'y aurait pas de doute, le double exemplaire serait de rigueur pour leur validité, car l'article 1325 le prescrit pour tout acte sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques. Mais ces contrats sont commerciaux, ils doivent être soumis aux règles de la loi commerciale qui les déclare actes de commerce à l'égard de tous. Or il a été dit que la loi civile n'avait statué que sur les moyens de faire la preuve en matière civile, et avait laissé les matières de commerce aux règles du Code commercial.

Ce dernier énumère dans l'article 109 les preuves qu'il admet, et parmi elles, les actes sous seing privé, mais ne demande rien de plus ; tandis que, quand il a voulu, pour tel ou tel contrat spécialement, que la formalité des doubles fût accomplie, il l'a exprimé positivement, par exemple pour les sociétés et le connaissement. Mais, pour la charte partie, la loi n'a rien voulu exiger, et par suite n'a rien dit au sujet de la

« doit être conforme à l'article 1322 du Code civil : ainsi le connaisse-
« ment qui intéresse l'expéditeur, le destinataire, le capitaine et l'ar-
« mateur doit être fait en quatre originaux au moins ; ainsi la charte
« partie dont le nom seul indique que l'usage ancien du commerce
« maritime était de mettre chacun des contractants en possession de la
« preuve du contrat, ne saurait être faite en simple original sans men-
« tir à tous ses antécédents historiques. »

formalité du double. Donc, dans ce cas, elle se contente du seul exemplaire dressé comme dans tous les actes commerciaux en général.

Les deux exceptions faites par la loi confirment la règle générale qui dispense les actes commerciaux de la formalité prescrite par l'article 1325 du Code civil (1).

Il faut opposer aux raisons données par ces auteurs les arguments suivants : le silence gardé par l'article 109 sur la nécessité des doubles pour les actes sous seing privé commerciaux, n'a pas la signification qu'on lui prête ; en effet, il n'est pas douteux que l'acte authentique dont il parle doit être fait suivant les formes du Code civil, et cependant le même silence est gardé à son égard.

Pour l'objection tirée de l'article 39, elle tombe d'elle-même, et peut être un argument pour la réponse : en effet, l'article 39 demande la formalité des doubles parce qu'il exige auparavant un écrit : dans tous les cas où la loi demande un écrit, il faut, par analogie, réclamer la formalité du double. D'ailleurs la complication d'intérêts qui exigent, pour les sociétés, une grande précision et une grande sûreté dans les actes, peut exister en d'autres cas, et alors, la situation étant la même, pourquoi les règles ne seraient-elles pas les mêmes aussi?

Quant au connaissement, on ne voit pas comment

(1) En ce sens Boulay-Paty, Cresp, Pardessus.

l'exigence des quatre doubles peut empêcher d'en réclamer deux pour la charte partie. Il est plus raisonnable de dire que la loi exige tacitement les doubles en tous cas, lorsque l'écrit est exigé, et que si elle en parle spécialement dans le cas du connaissement, c'est que, pour des raisons d'intérêt public, elle fait exception à la règle générale et demande, là, quatre originaux.

Pareille nécessité n'existe pas pour la charte partie, qui n'intéresse que l'affréteur et le fréteur, et tombe dans la règle générale qui ne réclame que deux doubles.

Voici d'ailleurs ce que disent MM. Lyon-Caen et Renault (1) : « Quand la charte partie est dressée sous « seing privé, l'acte doit être fait en double original, « conformément à la règle de l'article 1325 du Code « civil, sur la formalité des doubles. Cette formalité, « qui n'est pas, en principe, exigée lorsqu'il s'agit « d'actes de commerce, doit l'être pour ceux de ces « actes pour lesquels un écrit est nécessaire. »

MM. Bravard et Demangeat écrivent aussi : « Il existe « incontestablement des actes commerciaux qui sont « soumis à l'application de l'article 1325 : cela est dit « en termes formels par l'article 39 du Code de com- « merce pour la société en nom collectif ou en com- « mandite. Quant au connaissement, l'article 282 du

(1) Lyon-Caen et Renault, tome V, p. 434.

« même Code veut qu'il y ait au moins quatre originaux,
« un pour chacune des parties principalement inté-
« ressées. La charte partie, c'est-à-dire l'acte qui cons-
« tate le louage d'un navire, doit certainement être
« rédigée en deux originaux, l'un pour le fréteur et
« l'autre pour l'affréteur (1). »

Enfin l'origine historique de la charte partie est un argument de plus en ce sens (2)

Il faut raisonner de même pour l'assurance maritime faite par acte sous seing privé. Du moment que la loi exige, là aussi, un écrit pour la preuve, elle exige un écrit rédigé selon la forme prescrite par l'article 1325. En vain objecte-t-on que l'assurance n'est pas toujours synallagmatique : par exemple, la prime étant payée au comptant, il ne subsiste plus que l'obligation de l'assureur.

Il est vrai cependant que dans sa forme ordinaire elle doit être un contrat synallagmatique (3).

La même opinion doit être adoptée pour le prêt à la grosse aventure, assimilable à une sorte d'assurance; un écrit est demandé par la loi, et cette exigence doit être interprétée comme portant non seulement sur

(1) Bravard et Demangeat, tome II, p. 502 (2e édition).

(2) Voir plus haut, page 33.

(3) L'assurance maritime peut aussi se faire par-devant les notaires ou les courtiers d'assurances. Elle a lieu, alors, par acte authentique. On a vu plus haut que les courtiers d'assurances avaient pour cet acte les mêmes pouvoirs que les notaires.

l'écrit, mais encore sur les formalités ordinaires de l'écrit sous seing privé, en matière civile.

Pour la vente des navires, il faut admettre aussi l'application de l'article 1325 du Code civil. Il faudra donc dresser autant d'exemplaires qu'il y a de parties distinctes et mentionner le nombre de ces originaux.

En effet, la vente des navires, contrat commercial, est un de ces contrats pour lesquels le Code de commerce prescrit un écrit, un de ces contrats pour lesquels il n'y a pas d'autre moyen de preuve que l'écrit, un de ces contrats pour lesquels la loi revient aux formes du Code civil : « L'acte sous seing privé qui « constate la vente d'un navire, doit donc être fait en « autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un in- « térêt distinct, et de plus chaque original doit conte- « nir la mention du nombre des originaux qui ont été « faits (1). »

Les raisons données pour la suppression de la formalité des doubles en matières commerciales, contrairement à l'article 1325, sont surtout la rapidité des opérations commerciales et la dispense d'acte écrit. Ces raisons n'ont plus de valeur ici, car, d'une part, pour la rapidité même des actes commerciaux la vente des navires gagne à être faite avec toutes les formalités capables d'en rendre la preuve facile : en effet, tout procès à ce propos mettrait des obstacles au commerce

(1) Bravard et Demangeat, tome IV, p. 22.

en immobilisant les navires pendant toute sa durée or, comme d'autre part, ici, l'écrit est exigé comme moyen de preuve, il est bon que chacune des parties soit à même de se servir de ce moyen (1).

La question de l'application de l'article 1325 aux actes commerciaux doit se résoudre par une distinction :

Quand la loi n'exige pas un écrit pour la preuve de la convention, la formalité des doubles n'est pas nécessaire, cela a été exposé plus haut ; car, du moment que l'on peut prouver par témoins, sans aucun écrit, on peut, *a fortiori*, prouver au moyen d'un écrit dressé à cet effet, le fût-il en un seul original.

Mais lorsque le Code exige un écrit pour la preuve, alors il semble bien qu'on doit le faire accompagner des formalités de l'article 1325.

Ceux qui n'admettent pas que l'on applique l'article 1328 du Code civil aux actes pour lesquels le Code de commerce demande un écrit, disent : en matière commerciale les actes font foi de leur date. Ceci est vrai, quoique nulle part le Code ne l'ait dit : on l'interprète en ce sens. D'ailleurs la loi n'exige pas d'écrit, en général, pour les matières commerciales, et là où la

(1) Voyez Lyon-Caen et Renault, Dufour, Bonnier, Massé...

loi n'exige pas d'écrit, il serait impossible d'exiger une date certaine et enregistrée.

Mais quand la loi, s'écartant de l'article 109, demande impérieusement un acte écrit, elle le demande nécessairement dans sa forme ordinaire, c'est-à-dire, suivant les indications de l'article 1328 du Code civil.

Excepté, bien entendu, les actes qui, en vertu d'une disposition légale, doivent être datés : la lettre de change, l'endossement, l'assurance maritime.

La date de ces actes est considérée comme exacte tant qu'on n'en a pas prouvé la fausseté, car c'est dans l'intérêt des tiers, à cause des difficultés auxquelles ces actes peuvent donner lieu, que la loi veut qu'ils soient datés.

Il faut donc admettre que lorsque la loi exige un écrit, en matières commerciales, il faut revenir aux formalités prescrites par le Code civil (1).

(1) En ce sens Bonnier, Dufour, Massé, Lyon-Caen et Renault.

CHAPITRE TROISIÈME

LES CAS DANS LESQUELS LE LÉGISLATEUR EXIGE UN ÉCRIT SONT-ILS LES SEULS OU CET ÉCRIT SOIT NÉCESSAIRE ?

Une autre controverse s'est ouverte au sujet de la transaction et du compromis.

Faut-il leur appliquer les principes du Code civil ou ceux du Code de commerce, lorsqu'ils ont pour but d'opérer un arrangement en matières commerciales ?

Si la loi civile doit être suivie, il faudra exiger un écrit. (Article 1005 C. pr. civ., article 2044 C. civ.)

Si c'est le Code de commerce, toutes les preuves de l'article 109 seront admises ; par suite, la preuve testimoniale et les présomptions.

Ce qu'il y a de certain, c'est que l'écrit n'est pas exigé *ad solemnitatem*, mais *ad probationem*, et c'est justement ce qui cause la division des auteurs : les uns admettent tous les moyens de preuve qu'offre l'article 109. En effet, disent-ils, si la loi civile exige un écrit pour le compromis et la transaction, ce ne

peut être qu'en matières civiles, les prescriptions du Code civil n'ayant pas autorité en matière de commerce; et d'autre part aucune disposition du Code de commerce ne peut faire penser qu'il ait dérogé au principe de l'article 109.

D'ailleurs la transaction et le compromis, portant sur des opérations commerciales, sont des actes de commerce, en vertu de la théorie de l'accessoire, et tombent naturellement sous l'empire de cet article.

D'autres auteurs exigent au contraire un écrit. Ceux-ci prétendent que l'article 2044 n'est pas limité aux transactions civiles, mais édicte une règle générale, à laquelle le Code de commerce n'a pas apporté d'exception. Ou bien encore, on dit : les transactions et compromis sont soumis au droit civil, car ce sont toujours, même en matières de commerce des actes civils. Il est impossible d'admettre que la transaction ayant pour but de régler des intérêts commerciaux, soit elle-même un acte de commerce. On chercherait, en effet, en vain dans la transaction l'idée de spéculation, de trafic et de lucre, qui sont de l'essence de l'acte de commerce. Terminer ou prévenir un procès n'a rien de commun avec le commerce, qui consiste surtout à acheter pour revendre.

Somme toute, il faut donc proclamer que la transaction et le compromis, par lesquels des commerçants remettent à des arbitres le soin de statuer sur une contestation provenant de leurs intérêts commerciaux

sont des actes purement civils, tout comme la sentence qui en résultera (1).

Enfin il a été jugé que la prohibition de prouver les transactions et les compromis autrement que par écrit s'applique même entre commerçants (2).

Il a été jugé aussi (3) qu'il répugne à la nature de la transaction, d'en livrer la preuve aux chances toujours incertaines des enquêtes, laissant ainsi les voies ouvertes aux procès en substituant le litige sur l'existence de la transaction au litige sur le fond du procès.

Le danger serait encore plus grave ; il n'y a pour

(1) M. Laurent (tome XXVIII, p. 368, n° 375), dans le même sens, dit : « Quoique la transaction se fasse sur un acte de commerce, on ne « peut pas dire qu'elle constitue un acte de commerce. Terminer ou « prévenir un procès né ou à naître n'a rien de commun avec le com- « merce, qui consiste à acheter pour revendre. C'est essentiellement « un acte civil soumis aux règles du droit civil. D'ailleurs les motifs « pour lesquels la loi rejette la preuve testimoniale en matière de « transaction, s'appliquent à toutes les transactions, quel qu'en soit « l'objet. »

MM. Aubry et Rau, 4e édition, tome IV, n° 420, p. 661 : « La vali- « dité des transactions n'est subordonnée ni à leur constatation par « écrit, ni à l'observation d'autres formalités extrinsèques. Il en ré- « sulte qu'on peut déférer un serment litis-décisoire sur l'existence « et les conditions d'une transaction verbale. Mais la preuve testi- « moniale d'une pareille transaction serait inadmissible, alors même « que la valeur de l'objet du contrat ne dépasserait pas 150 francs, « ou qu'il existerait un commencement de preuve par écrit, ou enfin « qu'il s'agirait d'une contestation commerciale. »

(2) Bourges, 12 août 1871 ; Sirey, 1873, 2, 161.

(3) Bordeaux, 5 février 1857, Dalloz.

s'en convaincre qu'à considérer ce qu'il peut y avoir de compliqué dans les stipulations principales et accessoires d'une transaction, stipulations dont la condition la moins importante en apparence peut avoir déterminé la volonté des parties. Enfin, ces raisons ont la même valeur, qu'il s'agisse d'une contestation civile ou commerciale.

Les partisans de cette opinion viennent encore dire que le motif qui fait écarter en matière commerciale la nécessité de la preuve écrite, c'est-à-dire, la rapidité indispensable aux opérations des commerçants, n'a pas ici à être pris en considération, car ces contrats ne se concluent pas aussi rapidement ni aussi fréquemment que les contrats commerciaux ordinaires.

Toutes ces raisons paraissent parfaites au premier abord, et séduisent volontiers.

Cependant il paraît plus conforme aux lois de se ranger à l'avis de la cour de Paris et d'admettre avec elle la preuve testimoniale.

Il n'est pas possible, en effet, d'exiger un écrit là où le Code de commerce, qui sait si bien le réclamer quand il le faut, par exemple pour les sociétés (article 39), pour l'affrètement (article 273), ne le demande pas expressément.

La loi civile ne dit pas, d'ailleurs, que pour les transactions et les compromis, ses prescriptions sont applicables même en matières commerciales. Enfin, pourquoi ne pourrait-on pas prouver par témoins les

arrangements consentis à propos de conventions dont les plus importantes peuvent être prouvées par témoins (1) ?

(1) « Considérant que le Code de commerce n'a pas exigé un écrit pour la transaction, comme il l'a exigé pour divers autres actes, sociétés, affrètement ; qu'il résulte de ce silence que tous les moyens de preuve de l'article 109, et notamment la preuve testimoniale qui implique l'admissibilité des présomptions doit être admis ; que la loi pour les transactions n'est ni plus formelle dans son texte, ni plus absolue dans ses prescriptions que pour les autres contrats, et ne justifie pas une sévérité plus grande pour les matières commerciales ; enfin qu'on ne saurait comprendre comment les conventions commerciales les plus importantes pouvant s'établir sans écrit, les difficultés qui naissent de ces conventions ne pourraient se terminer sans écrit... » (Cour de Paris, 13 juin 1894 ; Dalloz, 1894, 2e partie, p. 498.)

Vu par le Président de la thèse,
F. ARTHUYS.

Vu, le Doyen,
LE COURTOIS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Poitiers, le 18 juin 1898.

Le Recteur,
H. CONS.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. . . . . .

PREMIÈRE PARTIE

DE LA PREUVE ÉCRITE EN MATIÈRE COMMERCIALE.

Actes publics 5
Bordereaux. 10
Factures. 14
Correspondance. 20
Livres des parties. 26

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PREUVE PAR ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE. . . . 31
OBSERVATION SUR L'ENREGISTREMENT. 67

TROISIÈME PARTIE

DE L'ACTE ÉCRIT EXIGÉ EN MATIÈRE COMMERCIALE. — SA NATURE JURIDIQUE ET SES FORMES. 71

CHAPITRE PREMIER.

QUAND L'ÉCRIT EST EXIGÉ PAR LA LOI, L'EST-IL *ad solemnitatem* OU *ad probationem?* 73

Section première. 73
Section deuxième. 81
Section troisième. 88

CHAPITRE DEUXIÈME

QUAND L'ÉCRIT EST EXIGÉ PAR LA LOI, FAUT-IL REVENIR AUX FORMALITÉS DU DROIT CIVIL? 99

CHAPITRE TROISIÈME

LES CAS DANS LESQUELS LE LÉGISLATEUR EXIGE UN ÉCRIT SONT-ILS LES SEULS OU CET ÉCRIT SOIT NÉCESSAIRE? 108

Soc. franç. d'imprimerie et de librairie (Oudin et Cie)